Art, Umfang und Verwirklichung

des

Rechts der Bühnenkünstler auf Beschäftigung

de lege lata und de lege ferenda

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Leopold Somborn

Gerichtsreferendar

aus Köln am Rhein

Marburg 1928

Buchdruckerei Franz Fischer, Kugelgasse 1 (am Kalbstor)

Von der Juristischen Fakultät der Universität Marburg
als Dissertation angenommen am 10. Mai 1928.

Referent: Geheimer Justizrat Universitätsprofessor Dr. *Manigk*.

Gedruckt mit Genehmigung der Fakultät.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem verehrten Weislingen im „Götz“ und Stauffacher im „Tell“, dem Herrn

Intendanten Dr. iur. Rolf Prasch

in Erinnerung an die gemeinsame schauspielerische Tätigkeit in Königsberg i. Pr.

von seinem „Knappen Franz“ und „Melchthal“.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556031_0048

Inhalt.

Einleitung . . . . . 1—4

I. Kapitel. Das Problem des Beschäftigungsrechts. Seine Bedeutung für Arbeitnehmer anderer Berufsgruppen. Seine Wichtigkeit für den Stand der Bühnenkünstler . . . . . 5—15

II. Kapitel. Das Recht der Beschäftigung im geltenden Gesetzesrecht. Versuche der Literatur, ein solches zu konstruieren . . . . 16—53

III. Kapitel. Die Regelung des Beschäftigungsrechts im geltenden Tarifvertrag . . . . . 54—63

IV. Kapitel. Die Regelung des Beschäftigungsrechts im Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes . . . . . 64—74

Schluss. Zusammenfassendes Ergebnis und Vorschlag einer Statuierung des Beschäftigungsrechts im künftigen Reichstheatergesetz . . 75—78

Literatur-Verzeichnis.

Achilles-Greiff, Kommentar zum BGB., 9. Aufl. 1920.

Assmann, Die Theaterspielerlaubnis nach § 32 der Reichsgewerbeordnung, 2. Aufl., Berlin 1925. Verl. d. „Neuen Weg".

v. Beust, Der Bühnenengagementsvertrag, Zürich u. Leipzig 1911.

Bewer, RG.-Rat, Das Recht auf Beschäftigung. Neue Zeitschr. f. Arbeitsrecht, I. Jahrgg. 1921, S. 29—38. — Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang in Reichsarbeitsblatt, Nichtamtl. Teil, 1922, S. 702 ff. — Beschäftigungszwang in Leipziger Zeitschr. 1924, Sp. 98 ff.

Braun, Der Schauspielervertrag. Erlang. Dissert. 1912.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, Bonn 1897.

Dankwardt, in Jahrb. f. d. Dogmatik, Bd. 13, S. 363.

Davray, Tributations des Théspis chez Thémis, Paris 1905.

Daubitz, Das Recht des Schauspielers auf Beschäftigung, Erlang. Diss. 1914.

Denkschrift zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Berlin 1923.

Deutsche Juristen-Zeitung (zit. DJZ).

Deutsche Bühne (zit. D. B.), Blatt d. Deutsch. Bühnenvereins.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse II, 2, 1899.

Enneccerus-Kipp-Wolff, BGB. I. Bd. 2. Abtl., 7. Bearbeitung, Marburg 1920.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. RG).

Felisch, Zum Reichstheatergesetz, in Deutsch. Jur.-Ztg. 1909 S. 625 f. und „Recht" 1909, Sp. 439.

Felisch-Leander, Rechtsprechung der Deutschen Bühnenschiedsgerichte, Berlin 1911.

Freudenthal-Sauerländer, Komm. z. ZPO., 4. Aufl.. 1926.

Goldbaum-Jakoby, Rechte und Pflichten der Bühnen- und Filmschauspieler, Berlin 1922.

Gregory, Ferdin., Der Schauspieler, Berlin 1919.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB., Mannheim 1898.

Hamburger, Der bühnenrechtliche Anspruch auf Beschäftigung, Berlin 1920. Verl. des „Neuen Weg".

Hoffmann, Der Bühnenengagementsvertrag, Leipz. Diss. 1912.

Hueck, Handbuch des Arbeitsrechts II., Stuttgart 1922. — In Molitor-Hueck-Riezler s. unter Molitor.

Jakobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.

Kaskel, Arbeitsrecht, Berlin 1925.

Kammergerichtsblätter (zit. KGBl.).

Klein, Peter, Wann hat der zur Dienstleistung Verpflichtete Anspruch darauf, dass ihm die Leistung vom Dienstberechtigten gestattet werde? Oesterreichisches Zentralblatt 1910, Bd. 28, S. 24 ff.

Kohler, Der Theaterengagementsvertrag, in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtsw., 6. Aufl., 1904, I. Bd. S. 682. — Der Bühnenvertrag, in Deutsch. Jur.-Ztg., 1911, Nr. 1 S. 51 f. — Lehrb. d. BGB., Berlin 1906.

Lang, Beiträge zum Recht des Bühnenkünstlers, Erlang. Diss. 1913.

Lindenau, OVG.-Rat (Vorsitz. d. Bühnenoberschiedsgerichts), Aus der Rechtsprechung der Bühnenschiedsgerichte, in Zeitschr. f. Arbeitsrecht 1924, S. 455.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag, 2 Bde., Leipzig 1902 und 1908.

Manigk, Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung, in Iherings Jahrb. f. d. Dogmatik, Bd. 75 (1925) S. 128 ff. — Irrtum und Auslegung, Berlin 1918. — Wie stehen wir heute zum Naturrecht? 1926. — „Interesse" und „Interessenjurisprudenz" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Berlin und Leipzig 1928, Bd. III, S. 297—308; 309—317.

Marwitz, Der Bühnenengagementsvertrag, Berlin 1902.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag nach dem Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Bensheim. 1925, S. 144 ff.

Neue Weg, Der (zit. N. W.), Blatt der Genossenschaft Deutscher Bühnenangehöriger.

Neumond, Recht des Schauspielers auf Beschäftigung, im Berliner Tageblait vom 18. Nov. 1912.

Oberloskamp, Abnahmepflicht, Leipz. Diss. 1905.

Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923. — Kommentar zum BGB., 3./4. Aufl., Berlin 1910. — Recht des Schauspielers auf Beschäftigung, in N. W., 1910, Heft 27, S. 793. — Recht der Schuldverhältnisse, in Samml. Göschen-Leipzig 1909. — In DJZ. XIX Nr. 10 S. 654; VIII S. 325 f.

Opet, Theaterrecht, Berlin 1897. — Der Bühnenengagementsvertrag, in Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 86, S. 163. — Gutachten auf 32. Juristentag. — N. W. Jahrg. 38 Heft 5 S. 126 f.

Planck, Kommentar zum BGB., 3. Aufl. 1907, II. Bd.

Rauert, Anspruch auf Abnahme bei Kauf, Dienstvertrag und Werkvertrag, Rostock. Diss. 1902.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (zit. OLG).

Reichsgerichts-Räte-Kommentar, 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.

Richter, Juristische Betrachtungen z. Entwurf e. Allg. Arbeitsvertragsgesetzes, in Reichsarbeitsblatt, Nichtamtl. Teil (zit. R.Arb.Bl. N. A. T.) 1924 S. 233 ff.

Riezler, Der Werkvertrag, Jena 1900.

Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.

Rosenmeyer-Assmann, Bühnenvertragsrecht, Berlin 1925.

Schanzenbach, Gibt es oder inwieweit gibt es in gegenseitigen Verträgen eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung? Bonn. Diss. 1898.

Schrader, Der Bühnenvertrag, Rostock. Diss. 1913.

Schweizerische Juristenzeitung.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichte (zit. Seuff.)

Sigl, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach BGB., Stuttgart 1903.

Sinzheimer, Die Idee des Arbeitsrechts, in Zeitschr. „Arbeitsrecht", X. Jahrg. 1923, S. 721—730.

Sydow-Busch, Kommentar z. Zivilprozessordnung, 18. Aufl., 1925.

Staudinger, Kommentar z. BGB., 7./8. Aufl., 1912.

Stein-Jonas, Kommentar z. ZPO., 12./13. Aufl., 1926, II. Bd.

Théry, Charaktères Généraux de la Réglementation Jurisprudentielle du contract de travail en droit Français, Paris 1913.

Titze, Recht des kaufmännischen Personals, in Ehrenbergs Handb. des HGB. II, 2, Leipzig 1918. — Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis, Jur. Woch. 1922, S. 548.

Warneyer, Kommentar z. BGB., Tübingen 1923.

Wyss, Das Recht auf Zuweisung von Arbeit im Arbeitsvertrag, Aarau 1918.

Wolff, Entwurf eines Reichstheatergesetzes, Berlin 1913.

Einleitung.

Wir stehen kurz vor dem Erlass eines Reichs-Theatergesetzes. Der innerhalb des Reichsministeriums des Inneren zustande gekommene Entwurf soll in allernächster Zeit zur Debatte gestellt werden.

Seit Jahrzehnten ist der Ruf nach einem Theatergesetz in Abständen immer wieder laut geworden.

Aber wenn auch heute dieser Ruf nicht verstummt ist, der vor zwanzig Jahren zu den vom Ministerium veröffentlichten „Unverbindlichen Grundzügen" eines Reichs-Theatergesetzes führte, so hat er heute einen ganz anderen Inhalt.

Damals wurde die Öffentlichkeit durch zahlreiche Schriften auf das soziale Elend einer Arbeitnehmergruppe aufmerksam gemacht, die man als das muntere Bühnenvölkchen zu bezeichnen gewohnt gewesen war, von dem man nun erfuhr, dass es unter bitterster Not und ungehemmter Willkür seiner Direktoren zu leiden hätte.

Seither aber hat sich manches für die Arbeitnehmer im Bühnengewerbe geändert; in jahrelangen Kämpfen hat die Genossenschaft Deutscher Bühnenangehörigen, die Arbeitnehmerorganisation, den im Deutschen Bühnenverein vertretenen Direktoren bessere und zum Teil für die Arbeitgeber schwer tragbare Arbeitsbedingungen abgerungen und sich diese Zugeständnisse tarifvertraglich verbriefen lassen. Wenn man das Ergebnis der Entwicklung überschaut, so ist festzustellen, dass heute das soziale Elend unter den Schauspielern nicht schlimmer ist als bei allen anderen Arbeitnehmergruppen. Und wenn man bereits damals Zweifel äusserte, ob der Erlass eines Sondergesetzes für das Theatergewerbe gerechtfertigt wäre in Anbetracht der verschwindend geringen Anzahl seiner Angehörigen — etwa 0,5% aller deutschen Arbeitnehmer —, so könnte man heute, wo den damaligen Uebelständen Abhilfe geworden ist, keinesfalls ein Gesetz gutheissen, das nur die arbeitsrechtlichen Beziehungen innerhalb des Bühnengewerbes zum Gegenstand

seiner Regelung hätte. Für ein Schauspieler-Arbeitsgesetz sind die Voraussetzungen weggefallen. Und für den Erlass eines die Gesetzesmaterie zerstückelnden Sondergesetzes müssen zwingende Gründe verlangt werden.

Aber diese zwingenden Gründe liegen vor. Auch heute kann man von einem Theaterelend reden[1]). Heute ist damit der künstlerische Verfall unserer ehedem weit über die Grenzen Deutschlands berühmten Bühnenkunst gemeint. Besucht heute ein Ausländer Berlin, das früher als die erste Theaterstadt der Welt galt, in der sich ausländische Künstler vom Rang erst den Stempel internationaler Bedeutung holen mussten, so findet er in den Kunststätten des Volks der Dichter und Denker den Tiefstand der Pariser, Londoner und New-Yorker Boulevard-Theater, ja den gleichen Spielplan dieser Theater vor. Ein trauriges Armutszeugnis für unser Volk, das es nicht nötig haben sollte, auch in geistigen Dingen Anleihen im Ausland zu machen! An den mit staatlichem oder kommunalem Gelde arbeitenden Theatern machen sich unfruchtbare, unpopuläre Experimente oder Vergewaltigungen der Werke unserer Klassiker breit. Als Entschuldigung wird immer wieder der Mangel an moderner einheimischer Literatur ins Feld geführt. Aber wir haben noch Dichter, und eine weitere grosse Aufgabe des Staats dürfte es sein, ihnen den Weg gegenüber der ausländischen Konkurrenz zu erleichtern. Vor allem muss ihr wirtschaftlicher Schutz verlangt werden[2]), und ein künftiges Reichstheatergesetz wird sich eingehend mit der Regelung der Autorenrechte aus dem Aufführungsvertrag mit dem Theaterdirektor zu befassen haben. Ein Vorschlag, dem Autor zu seinen selten und erst nach allen anderen Verbindlichkeiten des Theaters gezahlten Tantièmen zu verhelfen, läuft darauf hinaus, dass mit der Lösung der Eintrittskarte durch den Theaterbesucher ein bestimmter Prozentsatz vom Eintrittsgeld sofort ins Eigentum des Autors, zu treuen Händen des Direktors übergeht. Fände dieser Vorschlag Aufnahme im Reichstheatergesetz, so wäre ein ausreichender wirtschaftlicher Schutz für die Autoren, wenigstens soweit er den Aufführungsvertrag anbelangt, geschaffen, denn wenn der Direktor diese

1) vgl. *Helmut Pfund* im N. W. vom 1. März 1928 Heft 5 57. Jahrgang.

2) vgl. auch *Koch*, Das Urheberrecht des Bühnenregisseurs, Vahlen, Berlin 1927; *A. Litten*, Änderung des Bühnenwerks durch die Aufführung.

Prozente nicht an den Autor abführt, sondern für sich verwendet, so beginge er Unterschlagung.

Das neue Theatergesetz hat sich in einem öffentlich-rechtlichen Teil mit den in der Gewerbeordnuug höchst ungenügend geregelten[3]) Fragen der Konzessionserteilung zu befassen und die an Zahl überhand nehmenden unkünstlerischen Geschäftstheater auf ein Mindestmass zu beschränken. Es hat Vorsorge zu treffen für die Einrichtung staatlicher Theaterakademien und die unhaltbaren Zustände der privaten Theater- und Filmschulen, die zur Überfüllung des Schauspielerberufs und zur Schaffung eines künstlerischen Proletariats führen, zu beseitigen. Durch staatliche oder wenigstens unter staatlicher Aufsicht stehende Theaterschulen mit Prüfungsberechtigung und Zeugniserteilung würde der Staat für den notwendigen künstlerischen Nachwuchs sorgen. Das Theatergesetz hat dem snobistischen Starunwesen an unseren grossen Theatern und dem Verfall der Ensemblekunst entgegenzutreten[4]).

Wer die gegenwärtigen Zustände der angedeuteten Richtungen überschaut, der muss zu der Feststellung gelangen, dass der Staat einem so wichtigen Kultur- und Erziehungsfaktor gegenüber, wie ihn das Theater darstellt, seiner Aufgabe und Pflicht als Kulturstaat bisher nicht genügt hat. Andere Staaten, z. B. die Schweiz, Ungarn, Oesterreich, haben vorbildliche Theatergesetze. Bei uns sind die mannigfachen Versuche, eine Kodifikation des privaten und öffentlichen Theaterrechtsverkehres zu treffen, immer wieder an einer unverständlichen Interesselosigkeit gescheitert. Auch in der nächsten Zeit wird man bei Beratung des vorläufig noch geheim gehaltenen Entwurfs eines Reichstheatergesetzes des öfteren den Einwand zu hören bekommen, unser verarmter Staat habe andere Aufgaben und Sorgen als eine Neuregelung seines Theaterwesens. Eine derartige Auffassung zeugte von einer völligen Verkennung der Bedeutung einer hochstehenden Theaterkunst. Nicht allein wird übersehen, dass der Staat dem Ausland gegenüber sein Ansehen, seine

3) vgl. *Assmann* a. a. O. S. 35.

4) Die auf das gleiche Ziel hinauslaufenden „Gagenkonventionen" des Deutschen Bühnenvereins tragen hierzu nichts bei, bedeuten eher eine direktoriale Anerkennung der Überbezahlung der „Prominenten" auf Kosten ihrer weniger akkreditierten Kollegen.

Achtung als Kulturstaat und implicite seinen Kredit durch eine hochwertige Bühnenkunst und Pflege der einheimischen dramatischen Literatur neubegründet und verfestigt; dieser Einwand verkennt auch die weit wichtigere Aufgabe des Staates, seinen unter Wirtschaftsnot und Steuerlast seufzenden Bürgern durch eine die grossen Schicksalsprobleme des Menschen, der Nationen aufzeigende Bühnenkunst entspannende Ablenkung und ermutigende Anregung zu geben. An jenem Einwand darf das versprochene Reichstheatergesetz nicht wieder scheitern. Ihm sollte überall, wo er bei den Debatten des Entwurfes gehört wird, ein mächtiges „hic et tua res agitur!" entgegenschallen.

Wenn demnach das Reichstheatergesetz eine umfassende Regelung aller für das Theater lebenswichtiger Fragen von Gesetzes wegen darzustellen hat, so muss auch in ihm ein für den Schauspielerstand besonders wichtiges Problem Aufnahme und endlich seine Lösung finden und ist nicht wie die übrigen, vor zwanzig Jahren aufgetauchten arbeitsrechtlichen Fragen auf den Weg tarifvertraglicher Vereinbarung zu verweisen. Seiner Bedeutung wegen und seiner aus allen bisherigen — wie die nachstehende Untersuchung zeigen soll — unzulänglichen Regelungen feststellbaren Verkennung der Kernfrage wegen gehört die Lösung dieses Problems in ein Gesetz. Es ist dies die im Folgenden behandelte Frage, ob und inwieweit der Bühnenkünstler ein Recht darauf hat, in dem Engagement seine Kunst ausüben zu dürfen und, bejahendenfalls, wie er dieses Recht praktisch verwirklichen kann.

I. Kapitel.

Wer als Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag schliesst, ist im allgemeinen zufriedengestellt, wenn ihm für die Leistung und Bereithaltung seiner Arbeitskraft ein ihm angemessen erscheinender Lohn zugesichert wird. Das gilt für das Gros aller Arbeitnehmergruppen, und man darf wohl behaupten, dass der Durchschnittsarbeitnehmer nichts dagegen einwenden wird, wenn der Arbeitgeber ihm die als Gegenleistung versprochenen Arbeitsleistungen seltener abverlangt, als er nach dem Arbeitsvertrag dürfte.

Es gibt aber Arbeitnehmergruppen, deren Interesse an dem Arbeitsvertrag sich nicht auf die pünktliche Zahlung des ausbedungenen Entgelts beschränkt. Sie wurden beim Abschluss des Arbeitsvertrages nicht von dem ausschliesslichen Zweck beherrscht, lediglich für eine Zeit versorgt sein zu wollen. Ihr weiterer Zweck war, dass der Arbeitgeber die Arbeitskraft, die sie ihm bereitzuhalten sich verpflichteten, auch nutzte. Mit diesem Zweck verband sich die Vorstellung, dass ihnen die praktische Betätigung in dem eingegangenen Arbeitsverhältnis und die tatsächliche Inanspruchnahme ihrer Arbeitskraft ihnen neue Kenntnisse, neue Erfahrungen, Tüchtigkeit auf dem betreffenden Gebiet, derzufolge ein gutes Zeugniss oder Renomée eintragen würde. Diese Vorstellung wurde nicht nur von ideellen Erwägungen getragen, sondern auch von dem Gedanken, dass die Möglichkeit der Vervollkommnung im Beruf die weitere Möglichkeit eröffnete, bei späteren Abschlüssen von Arbeitsverträgen einen höheren Entgeltanspruch stellen zu können. Es leuchtet ein, dass sich Arbeitnehmer dieser Art gegenüber den oben beschriebenen Durchschnittsarbeitnehmern in der Minderzahl befinden. Sie beschränken sich auf Angehörige von wissenschaftlichen oder künstlerischen oder aber auch Berufen, bei denen der Arbeitgeber sein dem Arbeitnehmer unzugängliches Material zur Verfügung stellt, wie z. B. der Zeitungsverlag seinem Redakteur das Blatt und damit die Möglichkeit, schriftstellerisch an eine breite Oeffentlichkeit zu treten, überlässt.

In neuester Zeit machen sich Bestrebungen geltend, die Zahl dieser an der Inanspruchnahme der Arbeitskraft interessierten

Berufsgruppen auszudehnen[5]); ob mit Recht, wird des näheren zu untersuchen sein.

Bei der Frage, ob das geltende Gesetzesrecht an diesen Ausnahme-Arbeitnehmer gedacht und sein so charakterisiertes, mehr oder minder starkes Interesse an tatsächlicher Arbeitsleistung geschützt, positiv geregelt und mit dem hinter jedem gesetzlich geschützten Interesse stehenden staatlichen Vollstreckungszwang ausgestaltet hat, ist die Antwort zu suchen in den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag; denn mangels eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes oder mangels eines Sondergesetzes für den jeweilig in Frage stehenden Arbeitsvertrag fallen die Arbeitsverträge vorläufig noch unter die Dienstvertragsregeln des BGB[6]). Man wird diese Regelung dort vergeblich suchen.

Insbesondere darf man sie nicht in § 615 BGB vermuten, der bestimmt, dass dem Dienstverpflichteten ohne Nachleistungspflicht sein Lohnanspruch auch dann erhalten bleibt, wenn der Dienstberechtigte die Dienste nicht annimmt. Aus dieser Vorschrift folgert *Daubitz*[7]), da die Nichtannahme der Dienste als „Unrecht" behandelt und unter eine „Vertragsstrafe" gestellt sei, einen Willen des Gesetzgebers, aus dem „ohne weiteres die Verpflichtung des Dienstherrn zur Entgegennahme der Dienste klargestellt sei"[8]). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Annahme der schuldnerischen Dienstleistung ein Recht des Gläubigers ist und dass niemand eine Rechtsverletzung begeht, wenn er ein ihm zustehendes Recht nicht ausübt. Zwar hat die Nichtentgegennahme der Dienste für den Gläubiger den empfindlichen Nachteil, dass er den Lohn weiterzahlen muss, ohne ein Aequivalent dafür zu erhalten (§ 615 BGB). Hieraus ist aber weder zu folgern, dass der Gesetzgeber den Annahmeverzug des Gläubigers als „Unrecht"[9]), noch den mit dem Annahmeverzug für den Gläubiger verbundenen pekuniären Nachteil als Vertragsstrafe

5) vgl. *Lindenau* i. Z. f. Arbeitsrecht, 1924 S. 455.

6) s. dazu *Streckewald*, Der Akkordvertrag, 1920 S. 9, S. 41; cf. auch *Bewer*, N. Z. f. Arbeitsrecht, 1921 Sp. 29.

7) a. a. O. S. 67 ff. Ebenso *Opet*, Theater R. S. 775.

8) so *Hamburger* a. a. O. S. 29.

9) Anders *Hamburger* a. a. O. S. 29, der ebenfalls im Annahmeverzug ein Unrecht des Dienstherrn erblickt; a. M. *Goldbaum*, Rechte und Pflichten des Schauspielers nach geltendem Recht, Berlin 1914 S. 19.

betrachtet wissen will, sondern nur der Gedanke zu finden, dass die wirtschaftlichen Folgen der Nichtausübung des eigenen Rechts nicht auf die andere Vertragspartei abgewälzt werden sollen[10]). Eine erzwingbare Pflicht des Gläubigers zur Annahme, d. h. zu derjenigen Handlung, durch die er zur Erfüllung und damit zur Tilgung der Obligation beiträgt[11]), ist in § 615 BGB nicht normiert. Denn hierzu wäre Voraussetzung, dass sich der Dienstberechtigte im Leistungsverzuge, statt wie gemäss § 615 BGB. nur im Annahmeverzuge befände. Im Leistungsverzuge aber wäre der Dienstberechtigte erst, wenn er Schuldner in bezug auf die Entgegennahme der Dienste wäre. Und dass er dies ist, soll ja gerade erst bewiesen werden, wenn man ein Recht auf Beschäftigung behauptet.

Im Gegenteil kann durch argumentum e contrario darauf geschlossen werden, dass der Gesetzgeber dem Dienstverpflichteten kein Recht auf Betätigung im Dienstverhältnis geben wollte. Eine Pflicht[12]) zur Annahme der Gegenleistung in den gegenseitigen Verträgen des BGB ist nur beim Kauf (§ 433 II) und beim Werkvertrag (§ 640) normiert. Die Rechtsordnung gestattet hier dem Verkäufer bezw. dem Werkunternehmer in Fällen, in denen er ein besonderes Interesse an der tatsächlichen Wegnahme der gekauften bezw. bestellten Sache aus seinem Gewahrsam hat[13]) und die Erfüllungssurrogate *(Kohler)* Hinterlegung, Selbsthilfeverkauf, Dereliktion nichts nützen oder ihn nicht schadlos halten, eine Klage auf Abnahme[14])[15]). Diese beiden Fälle aber sind als Ausnahmefälle zu betrachten, die Regel lautet, dass bei den gegenseitigen Verträgen des BGB eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung grundsätzlich nicht besteht[16]). Insbesondere

---

10) So *Oertmann*, Arb. Vertr. Recht, S. 137; *Rauert* a. a. O. S. 55; *Oberloskamp* a. a. O. S. 2; *Kohler* i. Ih. Jahrb. Bd. 17, S. 261—422.

11) *Oberloskamp* a. a. O. S. 4 f.

12) a. M. *Schanzenbach* a. a. O. S. 33/34, der hierin keine im Wege der Leistungsklage verfolgbare Pflicht, sondern nur ein das vertragsgemässe Verhalten des Klägers aussprechendes Feststellungsurteil sieht.

13) z. B. der städtische Fuhrunternehmer, der einem Bauern den Dung aus seinen Pferdeställen verkauft hat.

14) so die h. M.; cf. *Rauert* a. a. O. S. 57.

15) vgl. l. 9 Dig. 19, 1 (Pomponius): si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

16) vgl. *Schanzenbach* a. a. O. S. 35.

ist aus dem Fehlen einer der Vorschrift des § 433 II und § 640 entsprechenden Regel in § 611 per arg. e con. darauf zu schliessen, dass der Gesetzgeber dem Dienstverpflichteten einen Anspruch auf Abnahme seiner Dienste versagen wollte.

Es ist unschwer zu erkennen, dass diese Regelung dem Rechtsempfinden nicht entspricht. Denn wenn man gegeneinander abwägt, dass ein Verkäufer, z. B. weil ihm die verkaufte Sache im Wege steht, auf Abholung dringen kann, dass ein Dienstverpflichteter aber trotz „noch so lebhaften Interesses“[17]) an der Inanspruchnahme seiner Dienste beliebig, auch „ohne besonderen Grund“[18]) „zur Untätigkeit verurteilt werden darf“[19]), so wird man bei einem Vergleich der in Frage stehenden Interessen diese ungleiche Behandlung kaum verstehen. Der Grund ist aber nicht, wie *Bewer*[20]) will, dass sich der Gesetzgeber von dem römisch-rechtlichen Gedanken, das Arbeitsverhältnis sei ein Gewaltverhältnis mit gänzlicher Unterworfenheit des wirtschaftlich untertänigen Dienstpflichtigen unter die Willkür des Dienstherrn[21]), leiten liess. Diese Regelung hat vielmehr ihren Grund in der Ueberlegung, dass der Arbeitnehmer lediglich an der Lohnzahlung, nicht dagegen an der tatsächlichen Bewirkung der Leistung interessiert ist, sodass „mangels Vorhandenseins eines rechtlichen Interesses auch kein Rechtsschutzbedürfnis besteht[22]). Der Gesetzgeber hat also nur an den Durchschnittsarbeitnehmer gedacht und bei seiner Regelung ein über den Lohnanspruch hinausgehendes Interesse[22a]) am Dienstverhältnis ausser acht gelassen.

Diese Lücke im Gesetz auszufüllen, ist in der Literatur und Rechtsprechung auf die verschiedenste Weise und nicht ohne heftigen Widerspruch der überwiegenden Literatur versucht worden. Bei diesen Versuchen ist des öfteren das Bestreben erkennbar geworden, ein Recht auf Beschäftigung nicht nur einigen wenigen an der tatsächlichen Arbeitsleistung Interessierten zuzusprechen,

17) *Staudinger*, BGB 5./6. Aufl. § 611 N. IV.

18) *Oertmann*, Schuldv., 4. Aufl. 1910, § 611 N. 2d; vgl. jedoch *derselbe*, Arbeitsvertr., wo diese Ansicht eingeengt wird (S. 137).

19) *Titze*, Zur Risikofrage i. Arbeitsverh. Jur. W. 1922 S. 548.

20) *Bewer*, Leipz. Z. 1924, S. 97.

21) vgl. *Planck* zu § 611 V b.

22) *Kaskel*, Arb. S. 116.

22a) vgl. dazu *Manigk* in Handb. d. Rechtsw. a. a. O. S. 297—308.

sondern dieses Recht gleichmässig auf alle Arbeitnehmergruppen auszudehnen[23]). Wir haben im folgenden zu diesen einzelnen Ansichten Stellung zu nehmen.

Die eine der vier in der Literatur zu unterscheidenden Ansichten verneint schlechterdings das Vorhandensein einer Gesetzeslücke. So meint *Crome*[24]), der Arbeitgeber brauche mit gutem Grund die bestellten Dienste nicht abzunehmen, denn es sei widersinnig, die beim Kauf zweckmässige Abnahmepflicht zu verallgemeinern. Beim Kauf liege die Sache fertig da und die ordnungsmässige Rücksicht auf den Verkäufer, der die Ware loszuwerden trachtete, weil sie ihm verderbe oder im Wege stehe, gebiete eine Abnahme. Dagegen handele es sich bei bestellten Diensten weder um fertige Ware, die der Arbeiter als Vertragsobjekt zu hüten habe, noch um Alltagsware, die man beliebig wieder loswerden könne. Müsse sich der Dienstherr die bestellte Arbeit aufzwingen lassen, nachdem er sie nicht mehr benötige, so entstehe dadurch nur Aerger, und ausserdem sei sie für ihn zwecklos. Der Arbeitnehmer sei durch das Institut des Abnahmeverzuges geschützt, da im allgemeinen seinen Interessen hinreichend gedient sei, wenn er seinen Lohn erhalte. Dieser Ansicht ist die Frage entgegenzuhalten, was denn werden soll, wenn das Interesse am Lohnanspruch gegenüber dem Interesse an der Beschäftigung, wie beim Schauspielervertrag, weit zurücksteht.

Die herrschende Meinung[25]) vertritt ebenfalls den Standpunkt, dass der Dienstpflichtige keinen Anspruch habe, dass ihm die Dienstleistung gestattet werde. Habe er hieran gerade ein besonderes Interesse, so müsse er sich dieses Recht vertraglich

---

23) vgl. *Bewer*, Fürsorg. u. Beschäft. R. Arb. Bl. 1922 NAT. S. 702.

24) Part. Rechtsgesch. S. 189. Ebenso *Dernburg* a. a. O. § 307 II, 2: Der Dienstherr sei auch dann nicht zur Annahme verpflichtet, wenn ein Interesse des Dienstpflichtigen bestünde. *Sigl* a. a. O. S. 77, der den Arbeitnehmern niemals ein R. a. B. zubilligen will. *Leonhard*, Lehrb. i. kurz. Sätz., Berlin 1923, S. 82, der auch den zu den an Beschäftigung interessierten Berufsgruppen gehörenden Beamten ein Recht auf Abnahme ihrer Dienste versagt; a. M. *Laband*, Staatsr. und *Otto Mayer*, Z. Lehre v. öff. rechtl. Vertrag, Arch. f. ö. R., Bd. 3, S. 85.

25) *Planck*, 3. Aufl. 1907, zu § 611 N. II und die dort zit. Lit.; vgl. dazu *Staudinger* a. a. O. zu § 611, der dieses Interesse in allen Fällen vorhanden sieht.

zusichern lassen. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Arbeitnehmer als der wirtschaftlich schwächere Teil in den seltensten Fällen mit diesem Verlangen bei Vertragsschluss durchdringen wird.

Eine dritte Ansicht[26]) glaubt, dass ein Recht auf Beschäftigung ausnahmsweise durch die Umstände begründet werden könnte. Soweit diese neuere Ansicht dabei die Art des Vertrages und den hierbei dauernd als Beispiel zitierten Bühnenengagementsvertrag im Auge hat, ist sie weiter unten[27]) eingehend zu erörtern. Hier sei nur der Einwand erhoben, dass auch in Verträgen, in denen durch die Umstände zweifellos ein Recht auf Beschäftigung zum Vertragsinhalt geworden ist, wie z. B. beim Lehrlingsvertrag[28]), der Gesetzgeber keineswegs verabsäumt hat, die Pflicht des Lehrherrn zur Beschäftigung des Lehrlings auch gesetzlich zu normieren (§§ 76—83 HGB, cf. dazu GewO). Auch ist es bedenklich, durch die Umstände oder im Wege stillschweigender Vereinbarung ein so sehr in die Rechtssphäre der Arbeitgeber eingreifendes Recht da zustande kommen zu lassen, wo die Arbeitgeber sich heftig gegen die Anerkennung dieses Rechts wehren[29]).

Die neueste Ansicht versucht, ein Recht auf tatsächliche Bewirkung der Leistung aus der „Idee des Arbeitsrechts" herzuleiten. Die Idee des Arbeitsrechts, die darin gipfele, dass die Arbeit des Arbeitnehmers eine besondere Funktion im Aufbau des gesellschaftlichen Lebens ist[30]), verbiete es, „dass Arbeitnehmer als Nichtstuer angeworben würden"[31]). „Arbeitsverhältnisse sind keine Mühlen, die leerlaufen sollen. Ihr Ziel und Zweck soll Förderung von wirklicher Arbeit sein. Arbeiten sollen und arbeiten wollen: das ist der normale Typ des Arbeitsvertrages"[32]). Nun, dieser volkswirtschaftlich erstrebenswerten Auffassung des modernen Arbeitsverhältnis ist jedenfalls in den geltenden Gesetzen nicht Rechnung getragen. Jener Begründung

26) vgl. RGR-Komm. 1928 zu § 611, § 250 Nr. 3 und die dort zit. Judikatur.

27) s. S. 50 ff. dieser Arbeit.

28) Andere gesetzliche Normierungen eines Beschäftigungsrechts im „Schwerbeschädigtengesetz" v. 1922 (RGBl. S. 972), im Strafgesetzbuch § 16, II.

29) s. S. 51 dieser Arbeit.

30) *Sinzheimer* a. a. O. S. 721.

31) *Bewer*, RABl. S. 704.

32) *Bewer*, RABl. S. 704.

steht zunächst der allgemein methodische Einwand entgegen, dass, wer gegenüber dem gesetzlichen Recht an die Idee eines Rechtsverhältnisses appelliert, nichts anderes als Naturrecht treibt[32a]). Ob sich aber ferner aus der Idee des Arbeitsrechts ein nach dem Inhalt jedes Arbeitsverhältnisses vertraglich[33]) gewolltes Recht auf Abnahme der Dienste, wie *Bewer* will, jemals konstruieren lässt, erscheint äusserst zweifelhaft, wenn man in Erwägung zieht, einen wie bedeutsamen Eingriff dieses Recht in das Recht des Arbeitgebers, den Betrieb zu leiten, bildet. Müsste jeder Arbeitgeber bei jeder betriebsleitenden Massnahme darauf Rücksicht nehmen, ob nicht irgendeiner seiner Arbeitnehmer durch sie in seinem Recht auf Beschäftigung verletzt wird, und könnte er die Aufgaben in seinem Betrieb nicht mit den ihm hierfür geeignet erscheinenden Leuten besetzen, so würde dies letzten Endes doch dazu führen, was auch *Bewer*[34]) vermeiden will, dass die Stellung des Arbeitgebers sich geradezu umkehren und der Arbeiter Herr im Betriebe würde[35]). Und vor einer willkürlichen Ausübung dieses Rechts durch die Arbeitnehmer dürfte noch der gegenwärtige Rechtszustand vorzuziehen sein. Zurückzuweisen ist nur der schroffe Ausdruck *Titzes*, es stünde völlig im Belieben des Dienstherrn, „den Arbeitnehmer willkürlich zur Untätigkeit zu verurteilen". Abgesehen davon, dass solche Fälle, in denen Angestellte unter Fortzahlung des Lohnes von ihrem Prinzipal durch Nichtbeschäftigung schikaniert werden, zu den Seltenheiten gehören, gibt § 226 BGB hier eine ausreichende Schutzvorschrift gegen schikanöse Ausübung des Direktionsrechts. Auch die Idee des Arbeitsrechts hat haltzumachen vor der Tatsache, dass es schliesslich der Arbeitgeber ist, dem die Leitung des Betriebes obliegt, und dass diese Leitung eine Verantwortung und ein Risiko in sich trägt, wie sie der Arbeitnehmer nicht zu tragen hat. Ihn in dieser Leitung durch ein allgemeines Recht auf Beschäftigung jedes Arbeitnehmers zu beschränken, ohne ihm entsprechend auch Verant-

32a) vgl. *Manigk*, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? 1926.

33) *Wyss* a. a. O. gibt aus ähnlicher Ueberlegung sogar ein gesetzliches Recht auf Annahme der vertraglichen Arbeit.

34) Leipz. Z. 1924 Sp. 99.

35) Dazu führt z. B. die Ansicht *Kleins* a. a. O. S. 24, der übrigens seine Begründung einzig und allein auf § 242 BGB stützt; s. dazu S. 38 dieser Arbeit.

wortung und Risiko abzunehmen, dürfte wenig gerecht sein. Es ist also dieser Meinung nicht nur zu entgegnen, dass die Idee des Arbeitsrechts keineswegs eo ipso eine vertragliche, noch weniger eine gesetzliche[36]) Einräumung des Beschäftigungsanspruchs im Vertragsinhalt in sich trägt, sondern dass auch eine Ausdehnung dieses Inhalts auf alle Arbeitsverträge unzweckmässig, in manchen Fällen verhängnisvoll wäre. Auch der Hinweis dieser Ansicht auf das französische Recht muss versagen[37]). Zwar hat es den Anschein, als behaupte *Théry*[38]) für das französische Recht ganz allgemein eine Beschäftigungspflicht. Aber die zur Unterstützung dieser Behauptung von ihm zitierten Erkenntnisse französischer Gerichte beweisen, dass er hierbei nur Fälle im Auge hat, in denen der Arbeitnehmer ein berufliches Interesse an der Beschäftigung hat, z. B. den eines Orchesterdirigenten[39]), „que l'on payait, mais que l'on se refusait à employer", oder aber Fälle von Akkordarbeitern, denen, wie *Hueck*[40]) richtig hervorhebt, es in Wirklichkeit gar nicht um ein Recht auf Beschäftigung, sondern um Erlangung des Akkordlohnes zu tun ist[41]). Demgegenüber aber befindet sich die deutsche Rechtsprechung durchaus nicht im Rückstand[42]).

Das Recht auf Beschäftigung wird vielmehr stets auf Angehörige solcher Berufe beschränkt sein müssen, die ein nachweisbares überwiegendes Interesse daran haben, in dem eingegangenen Arbeitsverhältnis wirklich tätig werden zu können, wie dies auch der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923 tut.

Unter den wenigen Berufen, die hier zu nennen wären[43]), steht an erster Stelle ein Beruf, dessen Interesse an tatsächlicher

36) so tatsächlich *P. Klein* a. a. O. S. 24 ff.

37) vgl. auch die bei *Opet*, Theaterr. S. 176 f.

38) a. a. O. Abschnitt 31 S. 117—118. Besonders S. 117 N. I: „Car il est clair que l'employeur qui engage un salarié ne le prend pas pour ne rien faire".

39) Trib. com. Seine 14. octobre 1899

40) *Molitor-Hueck-Riezler* a. a. O. S. 144—145 Anm. 1.

41) vgl. *Théry* S. 117 18: „Il a été décidé aussi que l'employeur doit fournir du travail au salarié, si le refus de l'occuper, même avec maintien des appointements, peut être regardé comme blessant".

42) vgl. *Lotmar* a. a. O. II S. 702 ff.

43) z. B. Krankenkassenärzte, Beamte (a. M. *Leonhard*, vgl. Anm. 24 a. S. 9 oben), angestellte Schriftsteller, Redakteure, leitende kaufmännische Angestellte, Bankdirektoren, Ingenieure usw.

Beschäftigung durch seine Eigenart grösser ist als sein Interesse an dem vereinbarten Gehalt[44]). Für ihn bedeutet dieses Recht eine Lebensnotwendigkeit, eine Beeinträchtigung in diesem Recht einen nicht wieder gutzumachenden Schaden[45]). Durch Nichtbeschäftigung entstehen dem Schauspieler, wie die Rechtsprechung der Bühnenschiedsgerichte[46]) hervorhebt, wirtschaftliche Nachteile, denn seine Berufsaussichten werden in erheblichem Masse gemindert, seine Fortbildung wird verzögert, sein Name wird nicht bekannt. Aber darin erschöpfen sich die nachteiligen Folgen einer Nichtbeschäftigung keineswegs. Der Sinn seines Berufes, schöpferisch zu gestalten, der ihn veranlasste, einen sicheren bürgerlichen Beruf aufzugeben, entfällt für ihn. Wer weiss, welche Qualen ein in seinem Spieltrieb, seinem höchste Freuden, tiefste Leiden spendenden Dämon, verhinderter Künstler leidet, der wird die in der Literatur[47]) sattsam betonte exceptionelle Wichtigkeit eines klagbaren Rechts auf Beschäftigung für ihn nicht bezweifeln.

Aber trotz dieser rechtsschutzwürdigen Interessen ist die gesetzliche Anerkennung eines auf den Schauspielerberuf beschränkten Beschäftigungsanspruchs nicht unwidersprochen geblieben. Bisher habe kein Mensch in Deutschland ein Recht auf Beschäftigung, und der Nachweis, dass die Schauspieler eines solchen bedürften, fehle[48]). Ein geordneter Theaterbetrieb liesse sich nicht durchführen, wenn jedes Bühnenmitglied beschäftigt werden müsse[49]); empfindliche materielle Verluste seien die Folge für den Theaterdirektor, der dann auch unfähige und vom Publikum abgelehnte Mitglieder zu beschäftigen habe[50]); Stücke, die einen Publikumserfolg hätten und zum Nutzen der Theaterkasse „en suite" die ganze Saison hindurch aufgeführt werden könnten, müssten abgesetzt werden, weil die in dem erfolgreichen Stück nichtbeschäftigten Schauspieler durch eine Verwirklichung

44) Prof. *F. Gregory* a. a. O.: „Auch der bestbezahlte Schauspieler ist ein toter Mann, wenn er nicht spielt".

45) so *Hamburger* a. a. O. S. 89.

46) vgl. *Rosenmeyer-Assmann* a. a. O. S. 60—62.

47) vgl. aus der umfangreichen Literatur *Hamburger* a. a. O. S. 89—99.

48) so der fr. Syndik. d. Deutsch. Bühnenverb. *Felisch* in DJZ 1909 Sp. 627; vgl. *derselbe* i. Recht 1909 Sp. 439.

49) *Bartsch* in D. B. 41, 329.

50) *Wolff* a. a. O. S. 40.

ihres Beschäftigungsanspruchs den Direktor zu einem Spielplanwechsel zwingen könnten. Diese Einwände sind durchaus nicht so unbeachtlich, wie es *Opet*[51]) hinstellt. Denn sie fassen das Gesamtinteresse des Theaters und die Gesamtheit der ihm angehörigen Mitglieder gegenüber einem einzelnen Benachteiligten ins Auge und verdienen ernsteste Berücksichtigung bei einer gesetzlichen Formulierung der Beschäftigungspflicht, in der dem Direktor die Möglichkeit erhalten bleiben muss, die künstlerische und wirtschaftliche[52]) Existenz des von ihm betreuten Theaters zu wahren. Zwar ist dies keine privatrechtliche Ueberlegung, aber ein Theatergesetz hat eben nicht nur die Einzelinteressen der Bühnenmitglieder zu schützen, sondern in weitem Umfang die dem öffentlich-rechtlichen Interesse nahegehende Natur des Theaters in seiner Bedeutung für das geistige Leben einer Stadt, eines Landes, des Reichs zu berücksichtigen. Wird ein Theaterdirektor von Gesetzes wegen gezwungen, die wirtschaftlichen Interessen seines Theaters zugunsten der Zukunftsaussichten seiner Mitglieder hintanzustellen, so darf es nicht verwundern, wenn das Theater eines Tages seine Pforten schliesst, die Stadt ihr womöglich einziges Theater und die Allgemeinheit einen wichtigen Kulturfaktor verliert. Abwegig und theaterfremd ist *Opets* Behauptung, es läge nicht nur im Interesse der nichtbeschäftigten, sondern auch der in einem Serienstück beschäftigten Mitglieder, wenn dem Direktor durch eine gesetzliche Anerkennung des Beschäftigungsanspruchs die Aufführung von Serienstücken unmöglich gemacht werden könnte, weil die in ein und demselben Stück hunderte von Malen beschäftigten Bühnenangehörigen der „Gefahr der Verblödung" ausgesetzt seien[53]). Der Fall einer Verblödung eines so beschäftigten Künstlers ist bislang nicht bekannt geworden, und die Praxis beweist, dass es gerade die intelligentesten und prominentesten Vertreter des Schauspielerberufes sind, die über hundertmal die gleiche Rolle und, wie sie versichern[54]), mit grosser Hingabe an die abendliche Reproduktion der auf den Proben festgelegten Menschengestaltung

51) Gut. S. 224 f.

52) anders *Kohler*, DJZ 1911 S. 53, der nur den hohen Belangen der Kunst Bedeutung beimessen will.

53) *Opet*, Gut. S. 225.

54) so z. B. *Paul Wegener* im N. W., 57. Jahrg., Heft 6.

spielen. Und ebenso abwegig ist die Erwägung, die Schwierigkeiten, sämtliche Angestellte angemessen zu beschäftigen, habe sich der Direktor selber zuzuschreiben; denn „wäre er mit der Sorgfalt, die er als ordentlicher Bühnenunternehmer habe entfalten müssen, zu Werk gegangen, so hätte er den Abschluss sich später als überflüssig herausstellender Engagements eben vermieden“ [55]). Der sorgfältigste Theaterleiter kann zu Beginn der Saison seinen Spielplan für das ganze Spieljahr nur in groben Umrissen festlegen, die endgültige Gestaltung des Repertoires ergibt sich erst im Laufe der Saison. Sie ist abhängig von dramatischen Neuerscheinungen, von dem Wandel im Geschmack des Publikums und der Zusammensetzung des neuengagierten Ensembles, da sich der Direktor ebenfalls erst im Lauf des Engagements ein abschliessendes Urteil über die Verwendbarkeit und Fähigkeit des einzelnen Mitglieds bilden kann.

Aber selbstverständlich reichen jene berechtigten, von der Direktorenseite erhobenen Einwände nicht aus; um, wie beabsichtigt, die gesetzliche Anerkennung des Beschäftigungsanspruchs völlig zu vereiteln. Sie haben nur bei der gesetzlichen Statuierung einen gerechtfertigten Anspruch auf weitgehendste Berücksichtigung.

Damit wäre der status causae et controversiae unseres Problems behandelt.

---

55) *Opet*, Gut. S. 224.

II. Kapitel.

Die Kämpfe zwischen Theaterleitern und Bühnenkünstlern um Anerkennung eines Rechtes auf Beschäftigung, auf der einen Seite als Lebensnotwendigkeit gefordert, auf der anderen Seite als untragbaren Eingriff in die aus künstlerischen Gründen erforderliche direktoriale Besetzungsfreiheit ebenso strikte abgelehnt, haben manche Juristen, denen die Gründe der Schauspieler mehr einleuchteten, zu dem Versuch veranlasst, aus dem Bühnenengagementsvertrag ein gesetzliches Recht auf Inanspruchnahme der künstlerischen Arbeitskraft herzuleiten.

Diese Versuche sollen nicht allein um des Umstandes willen, weil sie von allgemein juristischem Interesse sind, sondern vor allem um der Frage willen, ob die Schauspieler überhaupt auf die augenblicklich geltende tarifvertragliche Regelung[56]) der Beschäftigungsfrage angewiesen sind, wenn sich die Machtverhältnisse verschieben sollten und der Tarifvertrag abgelöst wird, im folgenden eingehend erörtert werden. Ein weiterer Grund ist der, dass sich eine Fixierung des bühnenrechtlichen Anspruchs auf Beschäftigung im kommenden Reichstheatergesetz erübrigen würde, wenn mit manchen der zu besprechenden Autoren dieser Anspruch bereits auf Grund des geltenden Gesetzesrechtes unzweifelhaft feststünde.

Werkvertragstheorie.

Der eine dieser Versuche bewegt sich in der Richtung, den Bühnenengagementsvertrag als Werkvertrag zu rubrizieren, um mit Hilfe der für den Werkvertrag geltenden Regel des § 640 BGB, wonach der Werkbesteller (Direktor) das vertragsmässig hergestellte Werk vom Werkunternehmer (Bühnenkünstler) abzunehmen hat, eine Abnahmepflicht des Theaterleiters zu begründen. Die Vertreter dieser Werkvertragstheorie[57]) sind

56) vgl. *Rosenmeyer-Assmann* a. a. O. S. 1 ff.

57) vgl. auch RG in Seuff. Arch. 66 S. 228.

Dankwardt[58]), *Opet*[59]) und neuerdings mit einiger Abweichung auch *Hamburger*[60]). Zur Begründung dieser Theorie wird die Eigenart der Arbeit eines Bühnenkünstlers, die es bei ihrer hohen kulturellen und künstlerischen Bedeutung verbiete, sie einfach als Dienstleistung unterzubringen, sodann eine in weit höherem Masse als bei anderen Arbeitnehmern vorhandene Selbständigkeit und Unabhängigkeit vom Prinzipal in der Bewirkung der Arbeit, die nach eigener Intuition[61]) ausgeführt werde, geltend gemacht. Es ist *Opet* zuzustimmen, dass der Schauspieler nicht unselbständige Arbeit zu verrichten hat, die erst durch den Willen des Dienstherrn einem bestimmten Zweck nutzbar gemacht wird, sondern dass seine Arbeit einen Wert bereits durch die Persönlichkeit und künstlerische Eigenart des individuellen Schauspielers erhält. Aber die Erkenntnis, dass der Schauspieler Individualleistungen, die nicht beliebig durch jeden anderen ebenso gut zu erbringen sind, vollführt, darf nicht, wie *Hamburger* will, zu dem Schluss verleiten, als stünde diese Eigenart künstlerischer Arbeit im Widerspruch zu den durch das Dienstvertragsrecht des BGB geregelten Dienstleistungen. Denn die römisch-rechtliche[62]) Auffassung, der Dienstvertrag regele nur Dienstleistungen untergeordneter und eines Sklaven würdiger Art, hat sich das BGB zweifellos nicht zu eigen gemacht, kennt es doch im Dienstvertragsrecht der §§ 611—630 auch Dienste „höherer Art", unter welche z. B. die Tätigkeit eines Rechtsanwalts oder Arztes fällt. Auch deren Dienstleistung wird nicht erst durch den Willen des Klienten bezw. Patienten dem erstrebten Zweck nutzbar gemacht. Es ist deshalb auch nur mit Einschränkung auf den Regelfall richtig, wenn *Hachenburg*[63]) meint, überall wo Geist und Willen des Arbeitnehmers den Vertrag beherrsche, sei ein Werkvertrag gegeben. Die hohe

58) Jahrb. f. Dogm. Bd. 13 S. 364.

59) Arch. f. civ. Prax. Bd. 86 S. 156 ff., wo er das Bühnenengagement als „modifizierte Werkverdingung" bezeichnet.

60) a. a. O. S. 63 unten.

61) *Opet* a. a. O. S. 163.

62) vgl. *Gaius* in l. 3. D. III, 2 (De his qui notantur infam.); im römischen Recht galt der Bühnenengag.-Vertr. als gewöhnliche locatio conductio operarum; der Abschluss hatte infamierende Wirkung.

63) Dienstvertrag und Werkvertrag, 1898 S. 2.

Bedeutung der schauspielerischen Tätigkeit schliesst also die Annahme eines Dienstvertrags keineswegs aus.

Gewichtiger ist die Selbständigkeit künstlerischer Arbeitsleistung. Auch darin ist den Anhängern der Werkvertragstheorie Recht zu geben, dass die Tätigkeit des Bühnenkünstlers von vornherein auf ein bestimmtes Resultat, die Verkörperung einer dichterischen Gestalt, gerichtet ist[64]). Damit ist das Produkt dieser Tätigkeit aber weder im Hinblick auf sein Zustandekommen noch auf seinen Wert nach Abschluss der Tätigkeit, wie *Opet* behauptet, ein selbständiges opus. Die vollkommendste künstlerische Gestaltung eines Menschenschicksals gewinnt erst ihren Wert dadurch, dass sie im Rahmen eines Ensembles ebenbürtiger Menschengestalter geschah. Das liegt im Wesen einer dramatischen Aufführung inbegriffen. Und wenn das augenblicklich in Mode befindliche Starunwesen auch darüber hinwegtäuschen möchte, so wird auch heute jeder echte Künstler zugeben[65]), dass seine Leistung erst dann den Kunstwert erlangt, wenn ihm die Kollegen mehr als Stichwortbringer bedeuten. Aber nicht nur in der Endwirkung auf die Zuschauer ist das schauspielerische opus abhängig, auch in seiner Entstehung, und dies ist zur Entkräftung der *Opet*'schen Auffassung wichtiger, ist es nicht selbständig aus eigener Intuition zutage gefördert worden. Zwar wird dem Schauspieler abends, wenn er auf der Bühne steht, kein Theaterleiter, schon aus eigenem Interesse nicht, in die Gestaltung seiner Rolle hineinreden. Aber diese abendliche Tätigkeit ist ja nur eine Reproduktion der tage- und wochenlangen Probetätigkeit. Hier ist die Rolle unter ständiger Mitarbeit und Ueberwachung des Theaterleiters oder seines Regisseurs festgelegt worden. Auch die weitgehendste Berücksichtigung der individuellen Eigenart des probierenden Darstellers hat es nicht verhindert, dass „Selbständigkeiten", die nicht in den Geist der Dichtung oder das Zusammenspiel mit den anderen hineinpassten, vom Regisseur rücksichtslos und, wenn nötig, unter Zuhilfenahme der möglichen Disziplinarstrafen zurückgewiesen wurden[66]). Selbst wenn der Darsteller stärker ist als der Regisseur,

64) *Opet*, Arch. f. z. Prax., Bd. 86, 163.

65) vgl. *Pfund* im N. W. v. 1. III. 1928, Heft Nr. 5 Jahrg. 57.

66) Anders ist dies nur bei dem unkünstlerischen Stargastspiel, das man, im Gegensatz zu den anderen Gastspielverträgen, als

wird jeder echte Künstler dessen überwachende Hilfe einer völligen Selbständigkeit vorziehen[67]).

Ein weiteres Argument gegen die *Opet*'sche mit der — in Wahrheit nur in sehr engen Grenzen vorhandenen — Selbständigkeit des Schauspielers begründete Werkvertragstheorie bedeutet die in der Literatur[68]) herrschende Ansicht, dass der Gesichtspunkt der Selbständigkeit und der Unterordnung überhaupt nicht entscheidend dafür ist, ob ein Werkvertrag oder ein Dienstvertrag vorliegt. Abgesehen davon, dass von einer solchen Interpretation im Gesetz selbst keine Rede ist, dass man sie vielmehr erst künstlich hineinträgt, wird übersehen, dass auch beim Dienstvertrag eine grössere oder geringere Selbständigkeit des Dienstverpflichteten vorkommen kann und vorkommt. Wenn der Dienstvertrag nur beim unselbständigen Arbeiter angenommen werden könnte, so wäre es naheliegend, unter Unselbständigkeit die vollkommene Unselbständigkeit zu verstehen und dann müsste der Dienstvertrag auf ein verschwindend kleines Gebiet eingeschränkt sein[69]). Wäre die Werkvertragstheorie richtig, so müsste, wie *Opet* tatsächlich meint, der Schauspieler einen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg (opus) versprechen. In Wirklichkeit aber verspricht er im Bühnenengagementsvertrag, der ihn zur Mitwirkung bei der Aufführung von Bühnenwerken unter Leitung eines Regisseurs verpflichtet, kein factum, sondern ein blosses facere[70]). Das factum bestimmt erst der Regisseur, dessen künstlerischer Wille massgeblich ist, und diese Tatsache scheint auch im Sinne der *Opet*'schen Argumentation eher auf einen Dienstvertrag[71]) hinzudeuten. Die *Opet*'sche Werkvertragstheorie ist deshalb unhaltbar, weil sie die Grenzziehung zwischen beiden Vertragstypen, die im Einzelfall schwierig sein mag, von unzutreffenden Kriterien abhängig macht. Das einzige Unterscheidungsmerkmal, das in allen Fällen eine sichere Abgrenzung ermöglicht, ist mit der herrschenden Meinung in dem Moment

---

Werkvertrag und — in Anbetracht der Gefahrtragungsregeln — mit Recht als solchen ansieht. Vgl. *v. Beust* a. a. O. S. 15 ff.

67) vgl. *Paul Wegener* in N. W. v. 16. III. 1928, Heft 6 Jahrg. 57.

68) vgl. *Riezler* a. a. O. S. 45; *Marwitz* S. 7; *v. Beust* S. 10 f.

69) vgl. *Rümelin* a. a. O. S. 36.

70) cf. *v. Beust* S. 12; *Hoffmann* S. 4.

71) cf. Motive S. 455 und 471: beim Dienstvertrag wird „Arbeit als solche", beim Werkvertrag das Erzeugnis der Dienste geschuldet.

der Gefahrtragung zu finden. Während beim Werkvertrag die Herbeiführung eines Erfolgs, für den gewährleistet wird, Obligationsinhalt ist, wird beim Dienstvertrag nicht das Ergebnis von Diensten, demnach kein Erfolg, geschuldet, ebensowenig wie eine Garantie für erfolgreiche Dienstleistung übernommen wird, da die blosse Bemühung um den Erfolg bereits zur Erfüllung der Obligation genügt. Und „wenn für den Erfolg eingestanden wird, also Werkvertrag vorliegt, so wird die Gefahr getragen und umgekehrt, wenn die Gefahr getragen wird, so heisst es, dass für den Erfolg eingestanden wird, dass also ein Werkvertrag vorliegt“ [72]). Wendet man diese Formel auf den Bühnenengagementsvertrag an, so erhellt, dass er kein Werkvertrag sein kann. Denn die Bühnenkünstler stehen weder für den Erfolg ihrer Leistungen ein, noch gehen sie ihres Gageanspruchs verlustig, wenn sie infolge Heiserkeit oder aus anderen Gründen am Auftreten überhaupt verhindert sind oder damit nur Zischen ernten [73]).

Die Haltbarkeit der obigen Unterscheidung, die auf das Moment der Gefahrtragung abstellt, wird neuerdings von *Braun* [74]) angezweifelt. Die Gefahrtragung sei allerdings der einschneidendste Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag. Aber sie sei erst eine der Rechtswirkungen des Werkvertrags und stünde dann erst fest, wenn man das Vorliegen eines Werkvertrags bejaht habe. Dieser sei regelmässig nach den Tatbestandsmerkmalen und nach ihnen allein festzustellen. Aus der Gewähr für den Erfolg als einer Rechtswirkung des Vertrages einen Rückschluss auf seine rechtliche Natur zu ziehen, sei nicht angängig, denn diese ergebe sich erst aus der Vertragsart. Es ist richtig, dass man von den Tatbestandsmerkmalen des zur Untersuchung liegenden Vertrages auszugehen hat, um auf seine rechtliche Natur schliessen zu können. Aber wenn man beim Bühnenengagementsvertrag sagt, der Schauspieler hat bei seinem Abschluss kein Einstehen für den Erfolg übernommen, demzufolge das Vorliegen eines Werkvertrages und eine Gefahrtragung ausgeschlossen erscheint, so geht man eben von den Tatbestandsmerkmalen dieses Vertrages aus, ohne sich dabei

72) *Rümelin* a. a. O. S. 166.

73) Anders beim Stargastspielvertrag.

74) a. a. O. S. 9/10.

eines unzulässigen Rückschlusses von der gesetzlichen Vertragswirkung auf die Vertragsart schuldig zu machen. Man hat demnach, um zu prüfen, ob der Bühnenengagementsvertrag ein Werkvertrag ist, zu untersuchen, ob der Schauspieler beim Engagementsabschluss die Garantie für einen gewissen Erfolg seiner Tätigkeit und die Gefahr für den Eintritt dieses Erfolges übernommen hat, nicht aber, das dem Theaterleiter mit dem blossen Versprechen der Dienstleistung nicht gedient wäre und er einen darüber hinausgehenden Erfolg erwartete. Dies ist auch bei einem Dienstberechtigten der Fall[75]), auch er erwartet Erfolg der Arbeit, weil ihm mit der blossen Dienstleistung, der „Arbeit an sich“[76]) nicht geholfen ist.

Trotzdem die *Opet*'sche Abgrenzung vom Dienstvertrag und Werkvertrag durch die in beiden Vertragsarten möglichen Merkmale der Selbständigkeit in der Arbeitsleistung und des hohen Rangs der versprochenen Tätigkeit sich als nicht haltbar erwiesen hat, gibt *Hamburger*[77]) die Werkvertragstheorie nicht auf. Er versucht den Nachweis, dass der Bühnenengagementsvertrag auch dann ein Werkvertrag bliebe, wenn man das Abgrenzungsmerkmal der herrschenden Meinung, das Abstellen auf die Gefahrtragung, der Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag zugrunde legte. Der *Opet*'schen Werkvertragstheorie, das Schaffen eines opus allein reiche für die Charakterisierung als als Werkvertrag aus, sei nur ergänzend hinzuzufügen, dass der Schauspieler für dieses Werk auch die Gefahr tragen müsse. Und weil dies „in hohem Masse“ der Fall sei, bliebe der Bühnenengagementsvertrag ein Werkvertrag.

Die Unhaltbarkeit dieser Behauptung ergibt sich bei einer Untersuchung der Punkte, die *Hamburger* für eine Gefahrtragung des Schauspielers für sein opus anzieht. Er unterscheidet zwei Gefahrenkreise, einen vom Theaterleiter zu vertretenden, in dessen Bereich Brand, Unruhen, Unmöglichwerden der Aufführung durch polizeiliches Verbot[78]) oder Erkrankung eines Mitwirkenden hineingehören, und einen vom Schauspieler zu

75) *Rümelin* a. a. O. S. 101 f.

76) vgl. RG-Räte a. a. O. zu § 611 I.

77) a. a. O. S. 63 unten.

78) z. B. wegen Fehlens der Konzession aus § 32 Gew. O.; s. dazu *Assmann*, Die Theaterspielerlaubnis usw.

vertretenden. Der Gefahrenkreis, den der Schauspieler beherrsche und den er mithin auszuschalten die tatsächliche Möglichkeit habe, sei grösser als bei jedem anderen Arbeitnehmer. Der Erfolg hänge allein von in seiner Person liegenden Momenten ab, seine Tätigkeit sei „Individualleistung, die er hinsichtlich seines späteren Fortkommens wie auch seinem gegenwärtigen Geschäftsherrn allein verantworte“[79]). Aber auch nach aussen trage er in Bezug auf sich selbst eine aussergewöhnlich hohe Verantwortung (?) für den Erfolg gegenüber der Kritik der Presse und aller Welt. Erfolglosigkeit schade niemand mehr als ihm selbst. Es soll nicht darüber gestritten werden, ob man diese Verantwortung überhaupt einen „Gefahrenkreis“ nennen kann. Zweifellos liegt in jedem Auftreten eines Schauspielers ein Risiko für seine spätere Karriere. Aber dieses Risiko bringt jede der öffentlichen Kritik unterworfene Tätigkeit mit sich. Und auch ein Rechtsanwalt muss bei jedem Prozess damit rechnen, dass ein eventueller Misserfolg ihm weit mehr schadet, als seinem Klienten, ohne dass er durch die Tragung dieses Risikos nun gleich werkvertraglich verpflichtet wäre. Die Tragung eines Risikos für die eigene Karriere ist keine Gefahrtragung im Sinne des Werkvertragsrechts. Eine solche würde voraussetzen, dass der Schauspieler dem Direktor gegenüber die Gefahr für erfolgreiches Auftreten übernehme. Und dies tut er durch den Bühnenengagementsvertrag zweifellos nicht, abgesehen davon, dass ihm dies in Ansehung der Relativität des Begriffs „künstlerischer Erfolg“ noch weit unmöglicher als einem Rechtsanwalt das Einstehen für den glücklichen Prozessausgang wäre, will er sich in seinem Gageanspruch nicht völlig direktoraler Willkür unterwerfen. Lediglich bei dem Gastspielvertrag eines „Prominenten“, auf dessen Ausnahmenatur vom gewöhnlichen Bühnenengagementsvertrag immer wieder hingewiesen werden muss, übernimmt der berühmte Gast die Garantie für erfolgreiches Auftreten dem Direktor gegenüber und erhält seine Gage nicht, wenn er abends heiser wird.

Zweifel kann man haben, wie es sich mit der Gefahrtragung bei den Verträgen verhält, wie sie augenblicklich von den Direktoren der grossen Berliner Theater getätigt werden. Diese Theater engagieren nicht mehr, wie dies im Interesse der Kunst

79) *Hamburger* a. a. O. S. 64.

wünschenswert wäre[80]), ein stehendes Ensemble, sondern von Fall zu Fall für die zu besetzenden Rollen die geeignet erscheinenden Darsteller. Sind diese Darsteller nun werkvertraglich engagiert und erhalten sie keine Gage, wenn die Darstellung der Rolle aus einem in ihrer Person liegenden Grunde unterbleibt? Für diese Annahme scheint der Umstand zu sprechen, dass die meisten dieser Darsteller keinen Zeitlohn für die Spieldauer des betreffenden Theaterstücks erhalten, die ja ungewiss und von der Aufnahme im Publikum abhängig ist, sondern dass ein Spielhonorar (Stücklohn) für das abendliche Auftreten ausgemacht wird. Trotzdem möchte ich auch in diesem Fall nicht Werkvertrag, sondern Dienstvertrag annehmen und die einzelnen pro Abend fälligen Spielhonorare als Teile eines in seiner Endsumme noch nicht feststehenden Zeitlohnes ansehen. Dies wird auch im Interesse der Darsteller liegen, wenn sie im Hinblick auf den eingegangenen Vertrag andere, z. B. Film-Abschlüsse unterlassen haben und nach wochenlanger Probentätigkeit die Rolle auf Verlangen des Direktors abgeben müssen, weil sie aus eigener Erkenntnis sich nicht für diese eigneten, oder aus einem anderen Grund die Darstellung durch sie untunlich erschien[81]). Auszunehmen hiervon sind nur die der Gagenkonvention unterstehenden Prominenten, die auch in diesem Fall einen Stargastspielvertrag schliessen und die Gefahr für den erfolgreichen Eintritt ihrer bekannten Spezialleistung übernehmen. Dies gilt auch, wenn das Gastspiel das ganze Jahr über andauert. Bei der Höhe der in der Gagenkonvention zugebilligten Spielhonorare dürfte hiermit eine gerechte Beurteilung des Vertragsverhältnisses der Prominenten getroffen sein, die unbedenklich als Unternehmer im Sinne des Werkvertragsrechts gelten können.

---

80) Siehe dazu *Pfund* a. a. O. mit Hinweis auf die unerreichte Ensemblekunst von Otto *Brahm*.

81) Ein Beweis dafür ist auch, dass die Mitglieder einer Gastspieltournée zu dem Agenten oder Tournéeleiter in einem Dienstvertragsverhältnis stehen, auch wenn die von ihnen darzustellenden Rollen von vornherein genau bestimmt sind und das Honorar pro Abend vereinbart ist, wie im Beispiel des Textes. Dieser Fall erhellt die Richtigkeit der oben vertretenen Ansicht: Denn wenn die Tournéeverpflichteten werkvertraglich engagiert wären, so erhielten sie wenn sie unterwegs erkrankten, keinen Lohnanspruch, was zweifellos von keinem der beiden Vertragsparteien gewollt und vereinbart ist.

Der gewöhnliche Bühnenengagementsvertrag aber kann nicht als Werkvertrag gelten, die von der gegenteiligen Ansicht vorgebrachten Gründe haben sich als nicht stichhaltig erwiesen. Im Folgenden wird nunmehr auszuführen sein, dass der von der Werkvertragstheorie angestrebte Zweck, aus den Werkvertragsregeln insbesondere dem § 640 BGB, eine Abnahmepflicht für den Direktor und damit ein Recht auf Beschäftigung für den Schauspieler herzuleiten, auf diese Weise gar nicht erreichbar ist.

Nach § 640 BGB ist der Besteller verpflichtet, das vertragsmässig hergestellte Werk abzunehmen. Die Abnahme wäre darin zu sehen „dass der Unternehmer sich der Dienste des Bühnenmitgliedes bedient, ihn also beschäftigt“[82]). Dem ist zunächst einmal die Frage entgegenzuhalten, was denn eigentlich abgenommen werden soll. Nach § 640 BGB ist das vertragsmässig hergestellte Werk abzunehmen. Beim Bühnenengagementsvertrag ist das Werk aber erst hergestellt, wenn die Rolle bis zu Ende durchgeführt ist. In diesem Zeitpunkt aber kann nichts mehr abgenommen werden aus dem einfachen Grunde, weil nichts mehr da ist und dem Interesse des Schauspielers an der Inanspruchnahme seiner künstlerischen Tätigkeit durch die Gestaltung der Rolle bereits Genüge geschehen ist. Der Zeitpunkt der Herstellung wird deshalb von der Werkvertragstheorie früher behauptet, wobei dem Sinne des Wortes „Herstellung“ Gewalt angetan werden muss.

Einmal soll die Herstellung im Zeitpunkt der „Bereitwilligkeit zur Dienstleistung“ liegen[83]), wobei nicht klar wird, worin denn das abzunehmende Werk bei einem nicht mit der Rolle vertrauten Schauspieler hier bestehen soll. Und an der Unrichtigkeit wird nichts dadurch geändert, wenn diese Ansicht eingeschränkt wird[84]) auf solche Rollen, die der Schauspieler bereits dargestellt hat und die ein vertragsmässig hergestelltes Werk abgeben sollen. Wenn man diese Ansicht konsequent durchführen wollte, so müsste man das Beschäftigungsrecht auf die Mitwirkung bei Stücken beschränken, in denen das Mitglied laut seinem beim Engagementsabschluss eingereichten Spielverzeichnis (Repertoire) bereits eine Rolle dargestellt hat, und bei jeder

82) So *Kiesslich*, N. W. 42, 637.
83) Dagegen *Oertmann*, N. W. 39, 795 und *Opet*, Gut. S. 217.
84) *Hamburger* a. a. O. S. 76.

Uraufführung, in der mitzuwirken der Schauspieler in Anbetracht der erhöhten Aufmerksamkeit, welche die Presse der ganzen Welt solchen widmet, seines Fortkommens wegen viel stärker interessiert ist, müsste das Beschäftigungsrecht versagen. Und wenn in einem Ensemble unglücklicherweise drei Mitglieder sind, die laut Spielverzeichnis den Hamlet bereits gespielt haben, so wäre der bedauernswerte Theaterleiter nach dieser Ansicht gehalten, allen dreien ihr hergestelltes Werk abzunehmen, und käme, weil ihm dies unmöglich ist, mindestens zwiefach in Schuldnerverzug. Auch wird man dieser unhaltbaren Ansicht entgegnen können, dass es diesfalls gar nicht um ein „vertragsmässig" hergestelltes Werk handelt. Denn die lt. Spielverzeichnis dargestellten Rollen sind nicht auf Grund dieses Vertrages, sondern im Verlaufe früherer Verträge hergestellt. Auf die grundsätzliche Bedeutungslosigkeit des eingereichten Spielverzeichnisses für das Beschäftigungsrecht wird in anderem Zusammenhang noch zurückzukommen sein.

Nach einer anderen Ansicht[85]) soll deshalb nicht die Bereitwilligkeit zur Dienstleistung, sondern die „Übernahme der Rolle" der massgebliche Zeitpunkt für die Herstellung des abzunehmenden Werkes sein. Mit der Uebernahme der Rolle aber allein ist noch kein der Abnahme fähiges Werk hergestellt, das den Schauspieler durch Abnahme von seiner Schuldnerverbindlichkeit zur Darstellung der Rolle zu befreien geeignet wäre. Im Augenblick der Uebernahme der Rolle nimmt ja gerade erst die geschuldete Tätigkeit, mit der Teilnahme an den Proben, ihren Anfang und findet ihr Ende erst mit der Durchführung der Rolle in der Vorstellung. Erst in diesem Augenblick kann von einer vertragsmässigen Herstellung die Rede sein[86]). Dies nunmehr hergestellte „Werk" aber ist ein immaterielles, es zerfliesst im Augenblick seiner Entstehung und lebt höchstens noch in den Köpfen der Zuschauer fort[87]). Abnahme im Sinne des § 640 BGB ist aber mit der h. M. gleichbedeutend mit körper-

85) Cf. *Oertmann* in N. W. 39, 795.

86) So auch *Opet*, Gut. S. 217. Nach *Hamburger* S. 75 u. bedeutet Herstellung des Werkes die Schaffung der „Voraussetzung für die Wiedergabe" des Werks und „den Willen, dem Schauspieler die Durchführung der Rolle zu ermöglichen".

87) vgl. *Kohler*, Lehrb. II, S. 365.

licher Hinwegnahme. Dies geht daraus hervor, dass im Gesetz nur an zwei Stellen von Abnahme die Rede ist. Im § 433 II und § 640, und beide Male handelt es sich um körperliche Sachen, die hinweggenommen werden sollen. Unkörperliche Gegenstände können nicht abgenommen werden, weil ihnen die im Begriff des Wegnehmens liegende körperliche Substanz fehlt. Deshalb können Handlungen, Arbeitskräfte, zu denen der Schuldner bei den obligationes faciendi verpflichtet ist, mangels Körperlichkeit nicht abgenommen werden[88]). Dass der Gesetzgeber an diese Möglichkeit gedacht hat, geht aus dem Nachsatz des § 640 Absatz 1 hervor, der bestimmt, dass eine Abnahme entfalle, wenn sie nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist. Dieser Nachsatz verbietet es auch, den Abnahmebegriff nur sinngemäss auf immaterielle Dinge, wie manche wollen, auszudehnen[89]): Wenn *Hamburger* entgegen der h. M. den Begriff der Abnahme in § 640 als tatsächliche Wegnahme „mit Billigung“[90]) versteht und dann, „wenn auch eine Abnahme im Sinne des § 640 BGB nicht möglich ist, doch jenen Bestandteil des Abnahmebegriffs, welcher Billigung heisst, sinngemäss anwenden zu können“ glaubt, so geht hieraus keineswegs zwingend hervor, dass nunmehr einer Anwendung des § 640 BGB nichts mehr im Wege steht. Dass immaterielle Werke einer Billigung fähig sind, kann nicht wiederlegt werden. Was hieraus aber für die Folgerung einer Abnahmepflicht des Bestellers eines immateriellen Werks hervorgehen soll, bleibt unerfindlich.

Mit Hilfe der bisher erörterten Konstruktionen lässt sich aus § 640 BGB demnach keine Pflicht des Theaterleiters, den Schauspieler auftreten zu lassen, ableiten.

Sollte es aber für den zweifellos werkvertraglich verpflichteten Stargast keine Möglichkeit geben, den Direktor zu dem vereinbarten Auftretenlassen anzuhalten? Nach den bisherigen Ergebnissen muss wegen der Unkörperlichkeit und Nichtabnahmefähigkeit seines Werkes § 640 BGB hier versagen. Dies könnte unbillig erscheinen, weil der Stargast — abgesehen von der Entschädigungsverpflichtung des § 642 BGB — sein Honorar

88) *Rauert* a. a. O. S. 35.

89) vgl. *Oertmann*, Schuldv. S. 734; *Opet*, Gut. S. 217.

90) Wie dies von einer Anzahl Schriftsteller gelehrt wird, vgl. *Oberloskamp* S. 21; *Rauert* S. 46.

nur bei erfolgreichem Auftreten erhält, was der Direktor beliebig verhindern könnte. Hier interessiert eine in ihrer Begründung einleuchtende Konstruktion *Lotmars*[91]). Nach ihm ist für das erfolgreiche Zustandekommen des vertraglichen Werks eine Handlung des Bestellers erforderlich, ohne welche die Herstellung des Werks und damit die vereinbarte Vergütung entfällt. Wer aber jemand zu einer Leistung verpflichte, für welche eine von ihm vorzunehmende Handlung erforderlich sei, begebe sich damit des rechtlichen Beliebens, die Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen. Denn indem er den anderen unter die Rechtsordnung beuge, sich die Leistung abfordern zu lassen, entsage er der Freiheit, durch Unterlassung der Handlung die Arbeitsleistung zu vereiteln und damit die Entgeltsaussicht zu zerstören. Verweigere er die Vornahme der Handlung trotzdem, so begehe er eine Vertragswidrigkeit. Die Schlussfolgerung *Lotmars* aber, dass die „Verunmöglichung der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber" blosse Annahmeverzugsfolgen für ihn habe, vermögen wir nicht ohne weiteres zu teilen. In den Regelfällen hat sich zwar durch einen derartigen Vertrag der Werkbesteller nicht zum Schuldner in Bezug auf die Vornahme der Handlung gemacht, sodass sie von ihm gefordert werden könnte[92]). So wird der Maler, bei dem ein Portrait bestellt wurde, nicht darauf klagen können, dass der Besteller zu den Sitzungen erscheine, sondern wird sich mit der ihm nach § 642 BGB zustehenden „angemessenen Entschädigung", die gleichbedeutend mit dem positiven Erfüllungsinteresse sein dürfte, begnügen müssen. Liegt aber der Sachverhalt bei einem werkvertraglich verpflichteten berühmten Schauspieler, dessen Renomée vielleicht von dem Stattfinden der Vorstellung abhängt, genau so? Oder hat sich hier der Direktor in Bezug auf die Vornahme der Handlung zum Schuldner gemacht[93])? Dafür scheint zu sprechen, dass er durch die Nichtvornahme der Handlung nicht nur die Entgeltsaussicht des Schauspielers, wofür ihn die in § 642 BGB vorgesehene angemessene Entschädigung schadlos halten könnte, vereitelt, sondern auch die Erfolgsaussicht zerstört, wofür ihn § 642 nicht entschädigt. Denn diese mit einer Geldentschädigung

91) a. a. O. II S. 699—702.

92) a. M. *Kober-Staudinger* § 642; dagegen *Oertmann* Kom. § 642 N. 7.

93) Dafür *Daubitz* a. a. O. S. 72.

ersetzt werden zu lassen, widerstrebt nicht nur wegen der Schwierigkeit, diesen Schaden ziffermässig zu bemessen, sondern wegen des darin liegenden ideellen Momentes. Aber zweifelsfrei macht der Hinweis auf die zerstörte Erfolgsaussicht den Fall keineswegs, denn auch der Maler hat vielleicht nicht nur auf den Entgelt gerechnet, sondern gehofft, die Portraitierung dieses Modells werde ihn berühmt machen und ihm Zulauf verschaffen. Man könnte allerdings anführen, dass im Fall des Malers auch das Modellsitzen nicht Vertragsinhalt geworden war und dem Maler deshalb kein direktes Klagrecht auf Vornahme der Handlung, d. h. Erscheinen zu den Sitzungen, zustand. Während im Stargastspielvertrag ein Bestandteil enthalten ist, dass ein den Interessen des Schauspielers gerechtwerdenden Schluss zum mindesten nicht ausgeschlossen erscheinen lässt.

Trotzdem aber erscheint es richtiger, auch dem Stargast ein direktes Klagrecht auf Aufführung des betreffenden Theaterstücks zu versagen und ihn durch die angemessene Entschädigung aus § 642 BGB abgegolten sein zu lassen. Denn das Interesse eines berühmten Schauspielers an dem tatsächlichen Stattfinden der Aufführung, ist bei weitem nicht so gross, wie das des durch gewöhnlichen Bühnenengagementsvertrag verpflichteten Schauspielers, der Förderung in seiner Laufbahn erwartet. Dieser Vertragsbestandteil, der weit eher geeignet ist, eine vereinbarte Schuldnereigenschaft des Direktors zu begründen, fehlt aber beim Stargastspielvertrag.

Die Werkvertragstheorie ist demnach aus zwei Gründen abzulehnen: Erstens, weil ihr der Nachweis, alle Bühnenengagementsverträge seien Werkverträge, nicht geglückt ist, und zweitens, weil aus § 640 BGB nichts Positives für ein Recht auf Beschäftigung gefolgert werden kann.

Gesellschaftsvertragstheorie.

Die oben erörterte grössere Selbständigkeit des Schauspielers im Arbeitsverhältnis und der Umstand, dass der Schauspieler seine Dienste nicht ausschliesslich im Interesse des Theaterleiters leistet, haben in der Literatur[94]) zu der Ansicht geführt,

94) So *Daubitz* a. a. O. S. 74. Für die Möglichkeit dieser Konstruktion auch *Hamburger* a. a. O. S. 60.

der Bühnenengagementsvertrag sei ein Gesellschaftsvertrag. Auch bei dieser Konstruktion war das leitende Bestreben, aus den Vorschriften des BGB §§ 705—740 dem Bühnenkünstler ein gesetzliches Recht auf Beschäftigung zu geben.

Die nach § 705 BGB erforderliche Verpflichtung zur „Erreichung eines gemeinsamen Zwecks" soll darin zu sehen sein, dass Direktor und die Gesamtheit der Mitglieder als gemeinsamen Zweck die Ausübung von Bühnenkunst verfolgen. Ist dies richtig, so könne der Direktor den gemeinsamen Zweck nur dadurch fördern, dass er die Mitglieder spielen liesse, und handele vertragswidrig, wenn er ein Recht zum Auftreten verweigere. Die Beiträge der Mitglieder zur Erzielung dieses Zwecks seien in der Leistung ihrer künstlerischen Dienste zu sehen und dies sei nach § 706 Abs. 3 BGB ja auch möglich, der bestimme, dass die zu leistenden Beiträge nicht notwendig in Geld zu bestehen brauchten.

Diese Konstruktion übersieht zunächst, dass im Verhältnis von Direktor und Schauspieler die Ausübung der Bühnenkunst der beide Teile verbindende gemeinsame Zweck sein kann, so an kleinsten Privattheatern, wo der Direktor mit der ganzen Familie Theater spielt, dass sie es im Regelfall aber nicht ist. Im Regelfall verfolgt der Direktor durch die Aufführung von Theaterstücken rein materielle Interessen, der Schauspieler durch die Mitwirkung bei diesen eine Förderung seiner Karriere — also zwei ganz entgegengesetzte Zwecke. Der ganz entfernt stehende, mittelbar mitverfolgte Zweck der künstlerischen Erbauung reicht nicht aus, um von einem einen Gesellschaftsvertrag herbeiführenden gemeinsamen Zweck reden zu können. Und glaubt diese Ansicht wirklich, dass der Intendant eines grossen städtischen Theaters, der als solcher nur auf Dienstvertrag angestellt ist, beim Engagement von Bühnenmitgliedern Vollmacht habe, Gesellschafter zu werben, die zusammen mit der Stadtgemeinde gemeinsame Ausübung der Bühnenkunst zu betreiben hätten? Diese Auffassung wird weder den beide Teile beim Engagementsabschluss beherrschenden, vornehmlich gegensätzlich gerichteten Interessen gerecht, noch erkennt sie bei ihrer Ueberschätzung der Selbständigkeit schauspielerische Arbeitsleistung, dass es sich beim Bühnenengagementsvertrag um einen typischen Arbeitsvertrag mit Arbeitgeber auf der einen und Arbeitnehmer

auf der anderen Seite[95]) handelt, woran durch die Eigenart der zu leistenden Arbeit gar nichts geändert wird.

Eine weitere Voraussetzung zur Annahme eines Gesellschaftsvertrages wäre, dass ein gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen vorhanden wäre und dass alles, was durch die Geschäftsführung des Direktors (Abschluss von Theaterbesuchsverträgen) oder die Beiträge dieses Gesellschafters (Anschaffung von Betriebsmitteln usw.) erworben wird, gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter würde (§ 718 BGB). Diesem Einwand begegnet die Gesellschaftstheorie mit dem Hinweis auf die Theaterkasse, um die sich grade bei kleinen Theatern alles dränge, aus deren laufenden Einnahmen sofort die Ansprüche der Mitglieder wie des Direktors in gleicher Weise beglichen würden; also an einem Gesellschaftsvermögen fehle es nicht. Nach der Erfahrung gibt es heute derartige Theaterchen, im Theaterjargon „Schmieren" genannt, nicht mehr. Selbst die kommunistische Ideen propagierende Piscatorbühne in Berlin erhebt ihre Mitglieder nicht zu Gesellschaftern mit gleichen Anteilen am gemeinsamen Gesellschaftsvermögen „Theaterkasse".

Trotzdem aber gibt es auch heute noch im Theaterleben ein Gebilde, das man als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft zu rubrizieren hat. Es sind dies die sog. „Notgemeinschaften", die dadurch zustande kommen, dass ein Theaterdirektor in Konkurs fällt und sich seinen Verbindlichkeiten durch schleunigste Abreise entzieht. Den führerlos gewordenen Mitgliedern, die andernfalls brotlos auf der Strasse stünden, bis zum Beginn der nächsten Spielsaison auf ein anderes Engagement warten müssten und meistens auch nicht über das nötige Geld zur Reise nach dem Schauspielermarkt Berlin verfügen, werden in solchen Fällen von der Konkursgläubigerversammlung das Theater und die sonstigen Betriebsmittel bis zum Ablauf ihrer Verträge zur Verfügung gestellt. Dann spielen sie „auf Teilung". Diesfalls ist ein gemeinsames Gesellschaftsvermögen, an dem jedes Mitglied mit einem bestimmten Prozentsatz der Höhe seiner bisherigen Gage teilnimmt, und eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, die in der Regel auch die erforderliche Gewerbeerlaubnis aus § 32 GewO. erhält[96]), vorhanden; nicht zuletzt aber aus dem Grunde,

95) So die herrschende Meinung.

96) vgl. *Assmann*, Theaterspielerlaubnis usw. unt. Cap. „Notkonzession".

weil kein direktorialer Arbeitgeber mehr da ist. In dem Fall der „Notgemeinschaft" wird man allerdings aus den Gesellschaftsvertragsregeln ein Recht der einzelnen Mitglieder auf Beschäftigung begründen können. Denn der gemeinsame Zweck, zu dem sie sich zusammengetan haben, war nicht allein, sich auf die beste Art bis zum Ende der Spielzeit über Wasser zu halten, sondern auch, möglichst bald aus dieser Misère heraus und an ein anderes Theater kommen zu können. Dazu gehört aber, wie oben ausgeführt, die Möglichkeit, von dem Direktor eines anderen Theaters in einer Rolle angesehen zu werden. Demnach gehört es mit zur Förderung des gemeinsamen Zwecks der Gesellschaft, wenn jedem ein Recht auf Beschäftigung in den bisher von ihm verkörperten Rollen zusteht.

Aus diesem Ausnahmefall aber sind keine verallgemeinernde Schlüsse möglich.

Innominatsvertragstheorie.

An anderer Stelle[97]) nennt *Opet* den Bühnenengagementsvertrag einen Innominationsvertrag des modernen Rechts, weil der Schauspieler ein zum Teil mit Ausschliessungsbefugnis ausgestattetes Recht auf Beschäftiguug und ein Zwangs- und Bannrecht auf die sog. reservierten und kreirten Rollen habe.

Diese Theorie ist weder in ihren Voraussetzungen richtig, noch wäre sie für den Schauspieler wünschenswert. Denn wenn der Bühnenengagementsvertrag ein unter keine der vom BGB geregelten Vertragstypen passender, wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit aber noch heute möglicher Innominatkontrakt wäre, so müsste die weitere Folge sein, dass keine der in den Arbeitsverträgen des BGB zum Schutze der sozial schwächer gestellten Dienstverpflichteten aufgestellten Regeln auf die Schauspieler Anwendung finden könnte. Nur die allgemeinen Vorschriften des BGB über Verträge böten einen unvollkommenen Schutz. So würde z. B. § 138 BGB gegen willkürliche aufgezwungene Arbeitsbedingungen nur bewirken, dass die Bühnenengagementsverträge nichtig seien, womit dem Bühnenmitglied keineswegs geholfen ist.

Aber diese Theorie ist auch ihrer juristischen Konstruktion nach verfehlt. *Opet* nahm wegen der damals üblichen, auch

97) *Opet*, Theaterrecht S. 165.

heute teilweise wieder aufgenommenen Gepflogenheit der Theaterleiter, die Bühnenmitglieder nicht nur nach ihrer Kunstgattung (als Sänger, Schauspieler, Tänzer), sondern auch nach Fächern (z. B. als jugendlicher Held, als Liebhaberin, als komische Alte) zu engagieren, ein Recht auf Beschäftigung als selbstverständlich an, und zwar ein nicht nur gegen den Theaterleiter wirkendes Recht, in allen Rollen dieses Fachs auftreten zu dürfen, sondern auch gegen die Kollegen wirkendes Recht, von ihnen alle in das eigene Fach schlagende Rollen mit einem vindikationsähnlichen Anspruch herausverlangen zu können.

Diese Auffassung, ein unter einer Fachbezeichnung stattfindendes Engagement habe ohne weiteres die Einräumung eines geradezu dinglich wirkenden Anspruchs auf Beschäftigung zur Folge, hat zu einem leidenschaftlichen Kampf der um ihr Beschäftigungsrecht ringenden Schauspieler gegen die Abschaffung der Fachbezeichnung geführt[98]). Noch heute vertritt *Hamburger*[99]) die Ansicht, die Frage nach dem Recht auf Beschäftigung sei ohne die Frage nach dem Rollenfach gar nicht zu lösen, das Problem des Rollenfachs sei sogar das primäre und im Verein mit dem aus ihm abzuleitenden Recht auf Beschäftigung „Die Magna Charta" der noch zu legalisierenden Berufsrechte des Schauspielers[100]). Demgegenüber ist nachzuweisen, dass beide gar nichts miteinander zu tun haben, dass vielmehr diese Rollenfächer (Heldenmutter, Bonvivant, Grand Utilité), von denen man wohl nie ohne Schmunzeln gehört hat, sehr wohl zum Besten der Kunst und ohne den geringsten Schaden für die Schauspieler vollständig abgeschafft zu werden verdienten.

Diese Rollenfachbezeichnungen haben zu einer sehr unerfreulichen Schablonisierung der dramatischen Literatur und der in ihnen vorkommenden Gestalten geführt. Jedes Stück wurde auf seine Rollenfächer untersucht. Die Jungfrau von Orléans war eine „I. Heldin" und wurde nur von der 1,80 m grossen Vertreterin dieses Faches dargestellt. Ein derartiges Verfahren mag zur Zeit Goethes, der noch glaubte, aus einem grade gewachsenen Grenadier einen brauchbaren Schauspieler machen

98) vgl. aus der umfangreichen Literatur: *Diebold*, Das Rollenfach im deutschen Theaterbetrieb des 18. Jahrh. Dissert. Bern.

99) a. a. O. S. 88.

100) *Hamburger*, eodem loco.

zu können, unbedenklich gewesen sein. Heute ist man bei der Rollenverteilung von derartig äusserlichen Erwägungen abgekommen, die letzten Endes nur zur Schablone, Manirtheit und künstlerischen Sterilität der Schauspieler, die Menschendarsteller und nicht Fachvertreter sein sollten, führen. Heute besetzt man die Rollen nach der individuellen Eignung des Darstellers für den zu gestaltenden Menschen. Die Grossen der Schauspielkunst, die — wie Josef Kainz — heute den Mephisto, morgen den Faust spielen, hat man nie in einem Rollenfach unterbringen können. Ausserdem reichen diese primitiven Schablonebezeichnungen für unsere moderne Literatur nicht mehr aus. Aber dies sind innerkünstlerische Fragen, die vom juristischen Standpunkt nicht zu erörtern sind.

Es soll hier nur dem Irrtum mancher Schauspieler entgegengetreten werden, als hinge von der Fachbezeichnung ihr Recht auf Beschäftigung ab. Die Fachbezeichnung bedeutet ihrem Sinne nach nur etwas Negatives. Sie bestimmt den Rollenkreis, über den hinaus der Schauspieler keine Rollen anzunehmen braucht, ohne dass aus ihr hervorginge, dass er die in den Rollenkreis fallenden Rollen nun auch spielen darf. Dass die Fachbezeichnung nicht die Bedeutung der Einräumung eines Rechts auf alle Rollen dieses Faches hat, wie die Schauspieler damals glaubten und auch heute teilweise noch geglaubt wird[101]), beweist der Theaterbrauch, nach welchem in einem Ensemble drei Darsteller als „Erste" Helden verpflichtet sein können. In diesem Fall hat keiner das Recht, vor den anderen nun wirklich in allen ersten Rollen des Heldenfachs auftreten zu dürfen. Dies ist ständige Rechtsprechung des Bühnenoberschiedsgerichts[102]) und wird auch vom Syndikus der deutschen Bühnengenossenschaft *Assmann* so ausgelegt. Dieser Theaterbrauch ist zweifellos in sofern eine Unsitte, als er jedem Aussenstehenden, u. U. sogar dem Arbeitsrichter, den Anschein der vertraglichen Einräumung eines Anspruchs auf alle ersten Fachrollen zu erwecken geeignet ist. In manchen Fällen wird auch die friedliche Zusammenarbeit aufs empfindliche dadurch gestört werden, dass ein als „Erster Held" engagierter Bühnenangehöriger im Engagement eintrifft, dort noch zwei ebenfalls „Erste Helden" vorfindet und nachher

101) *Hamburger* a. a. O. S. 78—88.
102) *Rosenmeyer-Assmann* S. 61—62; BOSch. 1924 S. 20.

vom BOSch. erfahren muss, dass er aus der Fachbezeichnung gar keine Rechte herleiten könne.

Wenn aber die Angabe des Rollenfachs im Engagementsvertrag nicht die erhoffte Bedeutung für das Beschäftigungsrecht hat, so ist kein Grund ersichtlich, warum die Schauspieler so zäh an der Beibehaltung festhalten. Die Direktoren haben sich von jeher aus künstlerischen Gründen mit Recht gegen diese lächerlichen, an mittelalterliche Theaterzeiten erinnernde Bezeichnungen gewehrt. Die Fachvertreter sollten sich nicht länger einer Abschaffung ihres Etikettes widersetzen[103]).

Auch die Einreichung des Spielverzeichnisses bei Eingehung des Engagements, das sämtliche bereits gespielten oder fest studierten Rollen des neu engagierten Mitglieds aufzählt, hat keinerlei positive Bedeutung für das Beschäftigungsrecht. Auch dieses „Repertoire" enthält nach Theaterbrauch nur die Verpflichtung des Darstellers, im Notfalle innerhalb 48 Stunden Lernfrist in jeder der verzeichneten Rollen einzuspringen.

Keinesfalls werden die Rollen dadurch zu „reservierten"[104]), auf die der Darsteller nun ein Bannrecht habe. Man denke sich die praktischen Folgen dieser Ansicht, wenn in einem Ensemble fünf Darsteller den Oswald in Ibsens „Gespenster" auf ihrem Repertoire stehen haben[105]). Selbst wenn der Darsteller früher bereits am gleichen Theater die Rolle „kreirt" hatte, d. h. der erste Darsteller dieser Rolle gewesen war, folgt hieraus kein Recht, bei allen folgenden Neueinstudierungen die gleiche Rolle wiederum verlangen zu können. Auch diese Ansicht wird ad absurdum geführt, wenn man den Fall in Erwägung zieht, dass unterdess 10 Jahre verstrichen sind und sich die Fähigkeiten des Darstellers oder der Geschmack des Publikums, dem der Theaterleiter Rechnung zu tragen hat, von Grund auf gewandelt haben[106]). Die Möglichkeit eines urheberrechtlichen Schutzes an der kreirten Rolle soll nicht geleugnet werden, zumal wenn der Darsteller durch seine Auffassung und Durchführung der Rolle bestimmend für alle nachfolgenden Darstellungen gewesen war. Im geltenden

---

103) Als Erleichterung des Theatergeschäftsverkehrs mit den Agenten wird niemand etwas gegen die Fachbezeichnung einwenden.

104) *Opet*, Th. S. 177.

105) vgl. *Felisch-Leander* a. a. O. S. 105.

106) Ebenso *Hoffmann* a. a. O. S. 46.

echt ist diesem Schutzbedürfnis jedenfalls keine Rechnung getragen, und für das Recht auf Beschäftigung in dieser Rolle ist hieraus nichts zu folgern.

Der Anspruch auf Beschäftigung kann sich, wenn er besteht, nur auf den Bühnenengagementsvertrag stützen und sich gegen den vertragsgegnerischen Direktor richten; ein dingliches Recht ergibt sich aus ihm nie.

Damit erledigt sich die *Opet*'sche Auffassung des Bühnenengagementsvertrages als eines Innominatkontraktes des modernen Rechts.

Deteriorationstheorie.

Diese von *Kohler*[107]) und *v. Beust*[108]) vertretene Theorie fasst den Bühnenengagementsvertrag als ein miet- oder pachtähnliches Vertragsverhältnis auf, in welchem das Bühnenmitglied seine künstlerischen Fähigkeiten, sein Organ, seine künstlerische Gesamtpersönlichkeit dem Direktor gleich wie eine Sache zum vertragsgemässen Gebrauch überlässt. Und wie in den Fällen, in denen der Pächter ausnahmsweise die Pflicht zu einem regelmässigen und sachgemässen Gebrauch übernehme, ohne den die Pachtsache Schaden an ihrer Substanz nehmen würde, sei der Theaterleiter gehalten, den Schauspieler auftreten zu lassen. Die zum vertragsgemässen Gebrauch überlassene Sache wäre nach dieser Ansicht demnach das Talent des Bühnenmitglieds, eine Auffassung, die alle Kenner des Theaterjargons, der die Theaterleiter als „Talentpächter" bezeichnet, nicht so lächerlich finden werden. Am besten lässt sich die Anwendung dieser Theorie am Beispiel eines Sängers demonstrieren.

Wenn der Heldentenor nicht Gelegenheit hat, mehrmals in der Woche unter sachkundiger Leitung eines Kapellmeisters sein hohes C zu singen, so verliert seine Stimme mangels Schulung die Elastizität. Vertragsgemässer Gebrauch bedeutet also bei ihm nicht nur die Einschränkung einer zu oft geübten Benutzung, sondern auch die unterste Grenze, bis zu welcher der Gegenstand benutzt werden muss, damit er keine Verschlechterung erleidet.

---

107) Holtz. Encykl. I. Bd. S. 682.
108) a. a. O. S. 116.

Beim Schauspieler wäre die Verschlechterung darin zu finden, dass er aus der Uebung, aus der für ihn ebenso wichtigen „Routine“ kommt.

Diese Theorie scheitert nicht so sehr, wie die Literatur will[109]), an einer unzulässigen, nur den Römern bekannten, dem heutigen Recht fremden Gleichbehandlung einer Person mit einer Sache. Denn sie sieht ja nicht den vertragsgemässen Gebrauch in einer Benutzung der Person des Künstlers, sondern in der weisen Ausnutzung seines Talents, seines Organs, das man schon ohne Vergewaltigung als Sache bezeichnen darf. Es handelt sich also nicht um die Nichtverschlechterung einer Person[110]), die gar nicht wieder herzustellen wäre. Wiederherzustellen würde bei ordnungswidrigem Gebrauch doch nur der frühere Zustand des Organs usw. sein, und dies wiederum wird durch tatsächliche Benutzung, d. h. Auftretenlassen, erreicht. Auch die daneben bestehende Möglichkeit, Schadensersatz für die Verschlechterung zu fordern, scheitert nicht, wie *Braun* meint, daran, dass die Person des Schauspielers einschliesslich seiner Fähigkeit einen Vermögenswert nicht habe und demnach der immerhin eingetretene Schaden als immaterieller nach dem Gesetz wegen § 253 BGB nicht ersetzt werden könne. Wenn der Schauspieler nachweislich durch Nichtbeschäftigung in seinem Können zurückgegangen ist und demzufolge kein Engagement mehr findet, so ist der Schaden kein immaterieller, sondern ein zu beziffernder wirtschaftlicher, der nach dem Gesetz ersetzt werden kann.

Scheitern muss die Theorie vielmehr deshalb, weil auch künstlerische Fähigkeiten, der Umfang eines Organs, denen die materielle Substanz ermangelt, nicht schlechtweg mit einem körperlichen Gegenstand gleichgesetzt werden können. Ferner trägt diese Theorie dem Gedanken keine Rechnung, dass der Schauspieler nicht nur keine Einbusse an seinen Fähigkeiten erleiden will, sondern durch einen zu Recht bestehenden Beschäftigungsanspruch eine Fortentwicklung in seiner Karriere für sich erhofft. Hier aber muss der auf der Deteriorationstheorie aufgebaute Beschäftigungsanspruch Halt machen.

---

109) *Braun* a. a. O. S. 55.

110) *Braun* S. 56 f.

Dienstvertragstheorie.

Die erörterten Versuche, den Bühnenengagementsvertrag unter einen anderen Vertragstyp des BGB einzuordnen und hieraus einen gesetzlichen Anspruch auf Beschäftigung abzuleiten, konnten keinen Erfolg haben. Sie übersahen, dass der Schauspieler sowohl nach der Art seiner Entlohnung, wie nach der Art des Arbeitsverhältnisses einen Dienstvertrag abschliesst[111]). Als Bühnendienstvertrag wird der Engagementsvertrag auch im geltenden Tarifwerk[112]) für das Bühnenpersonal behandelt. Die ausdrückliche (tarif-) vertragliche Vereinbarung[113]) eines Beschäftigungsrechts der Schauspieler als neben der Gageverpflichtung einhergehende schuldnerische Hauptverpflichtung, nicht Nebenverpflichtung des Direktors aber steht keineswegs, wie die h. M.[114]) hervorhebt, im Widerspruch mit dem Geist des Dienstvertragsrechts. Die Verpflichtung zur Beschäftigung ist eine Zusatzverpflichtung und lässt die Dienstvertragsnatur des Bühnenengagementsvertrages im übrigen unberührt[115]).

Da in den gesetzlichen Regeln des BGB über den Dienstvertrag, insbesondere in § 615 kein Grund gefunden werden konnte, aus dem das erwünschte Recht auf Beschäftigung abzuleiten wäre[116]) und man vielmehr auf einen gegenteiligen Willen des Gesetzgebers schliessen musste, versuchte die Mehrzahl der Autoren mit Hilfe anderer gesetzlicher Vorschriften das Dienstvertragsrecht für den Bühnenengagementsvertrag zu ergänzen.

Eine willkommene Hilfe bot hierbei der § 242 BGB. Zwar sei in § 611, so wird ausgeführt, nur davon die Rede, dass der Dienstherr die versprochenen Dienste zu vergüten habe; damit

---

111) So die h. M., vgl. *Braun* S. 6 u. die dort zit. Lit. Ebenso die Judikatur vgl. RG in Recht 04,602 und Seuff. Arch. 72,117; a. M. (Werkvertrag) früher RG in Seuff. Arch. 66,228 OLG 20,196 u. OLG 6,81.

112) *Rosenmeyer-Assmann* S. 11.

113) *Achilles-Greiff* a. a. O. zu § 611.

114) a. M. *Planck*, 3. Aufl. 1907, II zu § 611, der diesfalls einen „gemischten Vertrag" annimmt.

115) RG-Räte 6. Aufl. 1928, II S. 236, vgl. *Gruchot* 47,400, OLG 24,367, Jur. W. 17,488.

116) Die teilweise gegenteilige Ansicht von *Staudinger* Nr. 9 ist von *Kober* 3/4. Aufl. mit Recht aufgegeben worden. Es ist unstatthaft, aus einem Annahmeverzug eine Abnahmepflicht oder auch nur einen dahingehenden Willen des Gesetzgebers zu folgern. So auch *Oertmann* Kom. II § 611, 2d.

sei aber nur ein Erfordernis geregelt, das unbedingt vorhanden sein müsse, damit ein Dienstvertrag vorliege. Keineswegs seien hierdurch andere Verpflichtungen ausgeschlossen, die aus § 242 BGB herzuleiten seien. Beim Bühnenengagementsvertrag sei der Schauspieler auf längere Zeit gebunden und an der tatsächlichen Dienstleistung aufs höchste interessiert. Hieraus müsse die Anwendbarkeit des § 242 folgen[117]).

Nach § 242 ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dieser Paragraph setzt also einen Schuldner voraus. Schuldner ist der Direktor nach § 611 BGB aber nur in Bezug auf die Zahlung der Gage. Dass er es auch in Bezug auf die Beschäftigung ist, soll ja erst bewiesen werden. Die Ableitung der Beschäftigungspflicht aus § 242 ist also eine petitio principii. § 242 regelt nur den Umfang der Erfüllung einer Leistungspflicht, deren Bestand feststeht[118]), und kann nicht dazu verwandt werden, eine über die in § 611 dem Dienstherrn auferlegte Pflicht hinausgehende Schuldnereigenschaft des Theaterdirektors zu begründen[119]).

Eine andere Ansicht[120]) erkennt zwar grundsätzlich an, dass dem Theaterleiter die Ausübung des Direktionsrechts und, darin enthalten, die Macht zustehe, die Besetzung der Rollen und die Beschäftigung der Mitglieder nach seinem Ermessen vorzunehmen. Die Ausübung dieses Rechts habe aber im Rahmen des § 226 BGB stattzufinden und sei unzulässig, wenn sie nur in der Absicht geschehe, den anderen Schaden zuzufügen. Damit werde eine „Kaltstellung" verhindert. Habe der Direktor Gelegenheit zur Beschäftigung eines Mitgliedes und mache er hiervon in Schädigungsabsicht keinen Gebrauch, so wäre er nach § 823 II in Verbindung mit § 226 BGB, der ein Schutzgesetz für den Schauspieler darstelle, zum Schadensersatz verpflichtet. Dieser Verpflichtung zum Schadensersatz werde der Direktor dadurch entgehen wollen, dass er für ausreichende Beschäftigung des Mitglieds sorgt und eine Kaltstellung vermeidet[121]).

---

117) So *P. Klein* a. a. O. S. 27 ff.; vgl. auch *Kohler*, Lehrb. II, 1 S. 348.
118) *Oertmann*, Schuldv. S. 675.
119) *Opet*, Gut. S. 218.
120) *Daubitz* a. a. O. S. 57/61 u. 89; vgl. *Opet*, Gut. 219.
121) *v. Beust* S. 88; *Lotmar* I S. 116.

Diese Ansicht verzichtet also darauf, einen direkten Anspruch auf Beschäftigung zu formulieren und beschränkt sich auf die seltenen Fälle, in denen der Direktor sein pflichtmässiges künstlerisches Ermessen ausser Acht lässt und die Nichtbeschäftigung aus persönlichen Gründen in Schädigungsabsicht anordnet. Selbst in diesen wenigen Fällen ist dem Schauspieler mit § 226 kaum geholfen, denn die Beweislast der Schikaneabsicht liegt ihm ob, und der Beweis dürfte an der stets vorhandenen Möglichkeit, dass sich der Direktor auf irgendwelche einleuchtende künstlerischen Gründe beruft, in allen Fällen missglücken.

Von anderer Seite[122]) wird aus der Einräumung eines besonderen Spielgeldes für die jeweilige abendliche Tätigkeit ausser der festen Gage auf einen beim Vertragsschluss vorhandenen Willen des Direktors geschlossen, dass er das Mitglied spielen lassen will. Diese Bedeutung aber hat das Spielgeld als wechselnder Akkordlohn neben dem festen Zeitlohn, der Gage, nicht. Das Spielgeld soll das Mitglied nur als Sondervergütung erhalten, unter der Bedingung, dass es spielt. Aus der Einräumung einer von einer Bedingung abhängigen Sondervergütung aber ist durchaus nicht auf eine vertragsmässig übernommene Verpflichtung, die Bedingung herbeizuführen, zu schliessen.

Dies gilt auch, wenn das Spielgeld zu einer gewissen Höhe garantiert wird, wie dies in den Verträgen der meisten Stadttheater üblich ist[123]). Ob man durch die Garantie eines Spielgeldes, wie *Schrader*[124]) will, das Recht zu spielen als geradzu ausgeschlossen erblicken will, erscheint zweifelhaft. Die Argumentation *Schraders*, „das Mitglied soll einen unbedingten Anspruch auf das Spielgeld haben, der Unbedingtheit des Anspruchs käme es aber praktisch gleich, wenn das Mitglied selbst die Bedingung herbeiführen könnte, d. h. wenn es einen Anspruch auf Beschäftigung hätte", ist nicht zwingend; denn hier kann es sich doch nur um das Mass der Beschäftigung handeln, welches das Mitglied in keinem Fall von sich aus zu bestimmen hat, sondern hierbei Rücksicht auf Spielplan und Geschäftsgang des Theaters nehmen muss. Sichert ihm der Direktor ein zwei-

122) *Schrader* a. a. O. S. 56.

123) z. B. ist der Passus üblich: „200 Spielgelder pro Abend zu 15 Mk. für das Jahr garantiert".

124) a. a. O. S. 56.

hundertmaliges Spielgeld in Höhe von 15 Mark für die Vertragsdauer zu, so ist hierin kein Ausschluss des Beschäftigungsrechts, sondern nur die Zusicherung zu finden, dass das Mitglied die Endsumme auch erhält, wenn das Mass der Beschäftigung die Summe der Einzelspielgelder nicht erreicht.

Auf keinen Fall aber ist es angängig, aus der Höhe der Gage einen Rückschluss auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Beschäftigungsrechts zu ziehen. *Schrader*[125]) schlägt dies Verfahren aus der Ueberlegung heraus vor, dass die Rechte eines Mitglieds „in der Regel" mit dem Anspruch auf Gage erschöpft sein müssen, wenn die Höhe der Gage „zu der Stellung, dem Fache und sonstigen Merkmalen des Mitglieds in ein angemessenes Verhältnis gebracht seien", dass sie aber augenscheinlich nicht mit dem Lohnanspruch erschöpft seien, sondern sich auf ein weiteres Recht, welches erst im Verein mit dem Lohnanspruch das Gleichgewicht zu den Pflichten des Schauspielers bewirke, nämlich das Recht zum Auftreten erstreckten, wenn Gage und „Stellung" des Mitglieds in offenbarem Missverhältnis sich befänden.

Selbst wenn es möglich wäre, die wirtschaftlichen Rechte des Mitglieds mit seinen künstlerischen in ein umgekehrt proportionales Verhältnis zu bringen, so würde damit nur im jeweiligen Einzelfall bei einer Untersuchung des zu Grunde liegenden Engagementsvertrages sich ergeben, ob dieser Schauspieler ein Recht zum Auftreten hat. Für die Lösung des hier zur Frage stehenden Problems, ob auf Grund des geltenden Gesetzesrechts ein Recht auf Beschäftigung allgemein für die Bühnenkünstler existiert, wäre nichts gewonnen. *Schraders* Interpretationsregel gilt auch nur bei dem sog. Anfängervertrag. Aber nicht, weil die Hungergage des Anfängers in umgekehrt proportionalem Verhältnis zu seiner „Stellung" an dem kleinen Provinztheater steht, folgt für ihn aus dem Vertrag ein Recht auf Beschäftigung, sondern weil er mit dem Direktor einen Lehrlingsvertrag geschlossen hat, aus dem durch unbedenkliche Analogie mit dem gesetzlichen Recht des Handlungslehrlings auf Beschäftigung eine Verpflichtung des Direktors zum Spielenlassen ohne weiteres hervorgeht. Dagegen müsste nach *Schrader*

125) a. a. O. S. 58.

der höchstbezahlte Schauspieler das geringste Recht auf Beschäftigung haben, weil, so muss man im Sinne der obigen Interpretationsregel folgern, durch die Höhe der Gage seinen Interessen am Engagement vollauf genügt ist. Genau das Gegenteil ist der Fall, denn auch „der bestbezahlte Schauspieler ist ein toter Mann ohne ausreichende Beschäftigung[126]).

In Schauspielerkreisen findet sich gerade die *Schraders* Interpretationsregel entgegengesetzte Auffassung. Die Schauspieler streben nach höchstmöglicher Gage, weil ihre Ueberlegung dahin geht: „Zahlt mir der Talentpächter eine hohe Gage, so wird er sichs überlegen, ob er mich für sein Geld spazieren gehen lässt. Weil ihm das auf die Dauer zu teuer wird, wird er mich beschäftigen".

Aber auch das umgekehrte Verfahren, aus der Höhe der Gage ein umfangreiches Beschäftigungsrecht zu folgern, ist ungeeignet, zur Lösung des Beschäftigungsproblems beizutragen. In der Regel haben Gage und Beschäftigung nichts miteinander zu tun, in Ausnahmefällen kann aus Schlüssen zwischen beiden, aber nicht nur nach der *Schrader*'schen Interpretationsregel, ebenso oft nach der umgekehrten Seite, auf ein vertraglich zwischen den Parteien ausbedungenes Beschäftigungsrecht gefolgert werden.

Einige andere Autoren[127]) erwägen eine Analogie mit § 124 IV GewO., wonach der Akkordarbeiter sofort kündigen kann, wenn ihm der Arbeitgeber nicht genügend Arbeit gibt. § 124 IV GewO. aber will nichts weiter, als den wirtschaftlichen Schutz der nur pro Stück bezahlten Arbeiter, die keinen Lohn erhalten, wenn ihnen der Arbeitgeber das zu bearbeitende Material nicht zuweist[128]). Diese Arbeiter erhalten also gar nichts, wenn ihnen die Beschäftigung verweigert wird. Der Schauspieler aber bezieht seine Gage, den festen Zeitlohn, weiter, auch wenn er die ganze Theatersaison hindurch nicht tätig wird.

Auch der Hinweis auf seine Spielgelder, die dann entfallen, wenn er keine Rollen bekommt, kann nicht genügen um die Analogie anzuwenden. Abzulehnen ist allerdings die Ansicht *Braun's*[129]), der mit Hilfe des § 615 BGB dem Schauspieler auch

126) Prof. *Gregory*, Der Schauspieler a. a. O.
127) *Oertmann* N. W. 39,27; *Daubitz* S. 64—66.
128) *Wyss* a. a. O. S. 1 ff.
129) a. a. O. S. 57 Anm. 1.

im Falle der Nichtbeschäftigung die Spielgelder geben will, wenn diese den ausschliesslichen Lohn — ein Fall, der nur bei den Honorarschauspielern vorkommt — oder den wesentlichen Teil desselben ausmachen; denn § 615 erhält bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten nur die „vereinbarte Vergütung" des Dienstpflichtigen, die bereits durch die blosse Bereithaltung der Dienste fällig wird. Die vereinbarten Spielgelder aber sind ohne Rücksicht auf ihre Höhe nicht ohne weiteres durch den Ablauf eines Zeitabschnitts fällig, sondern vielmehr vom Eintritt der Bedingung des Auftretens abhängig. § 615 kann aber auf einen dergestalteten Lohnanspruch keine Anwendung finden; höchstens liesse sich die Anwendbarkeit des § 162 BGB erörtern, der die gesetzliche Fiktion des Eintritts einer Bedingung ausspricht, die von der Gegenpartei „wider Treu und Glauben verhindert wird". Hierdurch würde erreicht, dass der Spielgeldanspruch als ein fälliger Lohnanspruch gelten kann. Aber der Spielgeldanspruch ist ja nur eine cura posterior für den Schauspieler.

Der Vergleich mit dem lediglich wirtschaftlich interessierten Akkordlohnarbeiter ist schief. Und was hätte der Schauspieler für Nutzen davon, wenn ihm wirklich analog ein Kündigungsrecht zugebilligt werden könnte? Die Kündigung, wozu er im Falle der Nichtbeschäftigung bereits aus § 626 BGB berechtigt wäre, würde, wie später noch zu entwickeln ist, doch nur dazu führen, dass er für den Rest der Spielzeit auf der Strasse stünde. Denn der Bühnenkünstler kann nicht wie der Tagelöhner an Ort und Stelle sofort eine andere Arbeitsstätte finden. Er hat das denkbar geringste Interesse an einem Kündigungsrecht.

Einer der häufigsten Versuche der älteren[130]) Literatur, aus dem Bühnenengagamentsvertrag mit Hilfe der geltenden Gesetzesbestimmungen das Beschäftigungsrecht abzuleiten, bewegte sich in der Richtung, dass nach § 157 BGB Verträge so auszulegen seien, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erforderten. Wegen des singulären Interesses der Schauspieler an Beschäftigung sei diesem Erfordernis genügt, und die Auslegung des Bühnenengagementsvertrages ergäbe gemäss § 157 demnach das Recht zum Auftreten.

---

130) früher *Opet*, Theaterr. a. a. O., anders *derselbe* in Gut. S. 218. Dafür *Daubitz* a. a. O. S. 44ff., bes. S. 51; a. M. *Braun* S. 50.

Soweit diese Ansicht die Wichtigkeit des Arbeitnehmer Interesse betont, sagt sie nichts Neues. Gewiss hofft der Schauspieler beim Abschluss des Vertrages auf Bekanntwerden; gewiss ist bei ihm das Zeugnis, das ihm der Direktor nach § 630 BGB zu erteilen hätte, ersetzt durch die öffentliche Kritik, der er ständig unterworfen ist und der er nicht vom Direktor durch Kaltstellen ohne Verletzung seiner Zeugnispflicht entzogen werden kann[131]); gewiss hat er ein Interesse an der Publikation, an der Nennung seines Namens auf dem Theaterzettel. Aber alle diese Interessen mit Hilfe des § 157 zu Rechten zu erheben und zu klagbaren Ansprüchen zu gestalten, erscheint schon methodisch bedenklich. § 157 setzt einen Vertragsschluss, d. h. zwei übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien voraus, die in irgendeinem Punkt eine Lücke enthalten. Hier gibt § 157 das Mittel, die von den Parteien offen gelassene Lücke im Wege der ergänzenden Auslegung nach Treu und Glauben durch die Verkehrssitte zu füllen[132]).

Es bedarf zur Beantwortung der Frage, ob § 157 die gewünschte Lösung des Beschäftigungsproblems enthält, einer Untersuchung des regelmässigen Inhalts der Willenserklärungen der den Engagementsvertrag tätigenden Parteien.

Die Willenserklärung des Schauspielers besteht regelmässig in einer Offerte an den Direktor, ihn zu einer bestimmten Gage und unter Einräumung des Rechts auf eine Beschäftigung, die seinem bisherigen Wirkungskreis entspricht und ein künstlerisches Vorwärtskommen gewährleistet, für sein Theater zu engagieren. Dass dies der regelmässige Inhalt der Offerte des Schauspielers ist, geht aus sämtlichen, dem Vertragsschluss voraufgegangenen Vorbesprechungen hervor, in denen der Gagepunkt meist sehr rasch erledigt ist, die Beschäftigungsfrage dagegen langwierige Verhandlungen zeitigt.

Stimmt der Direktor dieser Offerte des Schauspielers bedingungslos zu, so ist für die Anwendung des § 157 hinsichtlich der generellen Frage, ob dem engagierten Mitglied ein Recht auf Beschäftigung zusteht, kein Raum; denn bei dieser Sachlage kann kein Zweifel daran bestehen, dass das Beschäftigungsrecht

131) *Hamburger* a. a. O. S. 47.

132) vergl. hierzu die eingehenden Ausführungen von *Manigk*, Irrtum und Auslegung S. 162 ff., 271 ff., 276.

kraft der beiderseitigen ausdrücklichen Willenserklärungen zum Vertragsinhalt erhoben wurde. Von einer Lücke bezüglich des Beschäftigungsrechtes kann diesfalls keine Rede sein, so dass sich auch die ergänzende Auslegung mittels des § 157 erübrigt.

Im Regelfalle aber stimmt der Direktor dem in der Offerte des Schauspielers enthaltenen Beschäftigungsverlangen nicht zu. Der regelmässige Inhalt der Annahmeerklärung des Direktors lässt die Beschäftigungsfrage auch nicht offen, sondern enthält, wie unten gezeigt wird, eine ausdrückliche Ablehnung des Beschäftigungsrechtes. Die Annahmeerklärung des Direktors stellt sich demnach streng genommen als eine neue Offerte dar, die der Schauspieler unter Verzicht auf ein klagbares vertragliches Beschäftigungsrecht annimmt. Hier ist also wiederum für die Anwendung des lückenergänzenden § 157 kein Platz, weil auch in diesem Fall die Parteien keine Frage offen gelassen haben, die der Ergänzung bedürfte[133]). Der Nachweis, dass die Bühnenengagementsverträge im Regelfall unter ausdrücklicher Weglassung des Beschäftigungsrechts zu Stande kommen, wird schon durch die erfahrungsmässige Tatsache erbracht, dass der Direktor nur in Bezug auf die versprochene Gage, nicht aber in Bezug auf die Beschäftigung — auch wenn sie noch so eingehend besprochen wurde — zum Schuldner des Schauspielers werden will und diesen Willen kraft seiner wirtschaftlichen Vormachtstellung regelmässig durchsetzt. Die Erfahrung lehrt, dass der Schauspieler nur in Ausnahmefällen, wie oben erwähnt, die Zustimmung zu seiner Offerte erringt. Die Einstellung der Direktoren zu dem Verlangen eines Beschäftigungrechts ist verständlich, wenn man bedenkt, einen wie grossen Eingriff in ihr Direktionsrecht die Einräumung eines klagbaren Rechts auf Beschäftigung bedeuten würde und welche einander widerstreitenden Interessen der Direktor hierbei beachten müsste. Die Rechte jedes einzelnen Mitgliedes auf Beschäftigung müsste er peinlichst genau gegeneinander abwägen, damit im Laufe der Spielzeit keine Kollision unter ihnen entstünde. Das ist fast unmöglich; denn kein noch so scharf blickender Direktor kann nach der flüchtigen Kenntnis eines zu engagierenden Mitglieds bei den

133) Denn vor § 157 BGB ist § 133 zu berücksichtigen. So *Manigk*, Vertragsschluss u. s. w. S. 150. Ebenso *Oertmann*, Schuldv. I S. 477. Vgl. auch *Manigk*, Irrtum usw. S. 165 oben.

Vertragsverhandlungen im Agentenzimmer oder nach einem oder zwei Probegastspielen — für die sich begreiflicherweise die Schauspieler in ihren besten Rollen und von ihrer besten Seite zeigen — wissen, ob der neuengagierte „I. Held" oder der ebenfalls neuengagierte „I. Charakterspieler" sich für die Darstellung des „Hamlet" an seinem Theater besser eignen wird. Dies stellt sich erst im Laufe der Spielzeit heraus, nachdem beide in der Akustik des eigenen Theaters und im eigenen Ensemble gehört werden konnten.

Wenn nun beide bei den Vertragsverhandlungen das Verlangen nach dem „Hamlet" stellten, und der Direktor beiden kein direktes „Nein" entgegensetzte, so hat er sich, wie noch weiter auszuführen sein wird, hierdurch keineswegs insofern zum Schuldner gemacht, als er nun bei beiden den Hamlet geben müsste. Er hat sich das „Ob" vorbehalten, weil er die endgültige Entscheidung erst nach Kenntnis der Verwendbarkeit der beiden Schauspieler in seinem Ensemble treffen kann. Lediglich um ein Inaussichtstellen der Rolle des Hamlet handelt es sich. Da dies beiden erkennbar war, handelt es sich auch hier um den regelmässigen Fall eines Bühnenengagementsvertrages ohne Einräumung eines klagbaren Beschäftigungsrechts. Ebenso ist es zu bewerten, wenn sich die Vorbesprechung nicht auf den Hamlet beschränkte, sondern auf viele Rollen bezog.

Von den beiden beschriebenen Fällen, in denen eine Konstruktion des Beschäftigungsrechts mit Hilfe des § 157 BGB deshalb versagt, weil die Parteien das Recht auf Beschäftigung entweder ausdrücklich vereinbart oder ausgeschlossen[134]) haben, weichen nur die wenigen Verträge ab, in denen des Beschäftigungsrechts überhaupt keine Erwähnung getan wurde. Aber auch hier versagt § 157. Zwar fehlt es in diesem Fall nicht an der ergänzungsbedürftigen Lücke. Weitere Voraussetzung zur erfolgreichen Anwendung des § 157 aber ist das Vorhandensein einer Verkehrssitte, welche diese Lücke auszufüllen vermag. Eine Verkehrssitte, wonach der Schauspieler ein klagbares Recht auf Beschäftigung besitzt, besteht nicht, wie aus den Erörterungen über die Einstellung der Direktoren zur Frage der Beschäftigung bereits hervorging. Es bleibt sonach schon hier

134) „wozu auch eine schlüssige oder stillschweigende Willenserklärung genügt" so *Manigk*, Irrtum usw. S. 165; vgl. eodem loco S. 271—276.

die unten wiederkehrende Feststellung übrig, dass auch diese Konstruktion der Literatur keine Lösung bringen kann[135]).

Die obigen Untersuchungen des regelmässigen Zustandekommens eines Bühnenengagementsvertrages legen bei der Möglichkeit, „dass die Parteien sich nicht über alle Punkte, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei (des Schauspielers) eine Vereinbarung getroffen werden sollte, geeinigt haben", den Gedanken eines Dissenses nahe, der das Zustandekommen des Vertrages überhaupt verhinderte (§ 154 BGB). Aber selbst, wenn man, — wie dies vereinzelt in der Literatur geschieht[135a]) — die Beschäftigungsabrede als essentiale negotii ansehen wollte, über welche eine Vereinbarung zustandegekommen sein muss, soll nicht der ganze Vertrag entfallen, ist der Gedanke eines Dissenses und einer folgeweisen Nichtigkeit des Vertrages abwegig. Denn, wie *Manigk*[136]) an Hand der einschlägigen Reichsgerichtsjudikatur nachweist, ist es ein Trugschluss, als „Vertragskonsens die Willensübereinstimmung der Parteien hinsichtlich der geschäftswesentlichen Punkte des Vertrages anzusehen und Dissens und Nichtigkeit anzunehmen, wo die Parteien über essentialia nicht zur Einigung gekommen sind; denn ausser dem gegenseitigen Missverstehen, mag sich dieses auch auf ein essentiale negotii beziehen, kommt es immer noch darauf an, was wirklich erklärt worden ist, d. h. was der Gegner als Willen des Erklärenden annehmen durfte".

Wendet man dies auf den Abschluss eines Bühnenengagementsvertrages an, so ergibt sich, dass der Vertrag nicht deshalb entfallen kann, weil der Direktor die Offerte des Schauspielers nicht in allen Punkten durch die Erklärung seines Annahmewillens zum Vertragsinhalt erhob. Es kann insbesondere von einem gegenseitigen Missverstehen der gegnerischen Erklärung keine Rede sein. „Nach dem Inhalt, Berücksichtigung der ganzen Sachlage und der in Betracht kommenden Interessen"[137]) konnte die Offerte des Schauspielers allerdings gar nicht anders vom Direktor aufgefasst werden, als dass in ihr die Forderung eines vertraglichen Beschäftigungsrechts enthalten war. Wäre die Offerte

135) So auch *Oertmann*, N. W. 39,638; 801 und *Opet*, Gut. S. 218.
135a) *Braun* a. a. O. S. 58.
136) *Manigk*, Wesen des Vertragsschlusses S. 134 ff. u. die dort zit. Judikatur
137) *Manigk*, a. a. O. S. 131.

dieses Inhalts widerspruchslos vom Direktor angenommen worden, so könnte an einem ein Beschäftigungsrecht enthaltenden Vertragsschluss, wie dies in Ausnahmefällen auch vorkommt, kein Zweifel bestehen. In den Regelfällen aber hat der Direktor Einwendungen gemacht und — vielleicht im gleichen Satz oder Brief — die Offerte angenommen. Hier liegt weder ein Dissens vor, noch ist trotzdem deshalb ein Vertrag mit Beschäftigungsrecht zustande gekommen, weil „ein Ausschluss der Beschäftigungspflicht beim Schauspielervertrag als solchem undenkbar ist, gerade wie kein Kaufvertrag vorliegen kann, wenn die eine Partei zwar das Eigentum verschaffen, die andere aber keinen Preis zu erstatten hat“[138]) und die Offerte als Offerte eines Bühnenengagementsvertrages nur mit Einschluss des Beschäftigungsrechts angenommen werden könnte[139]). Dissens ist aus dem Grunde nicht gegeben, weil die Annahmeerklärung des Direktors unmissverständlich — entweder direkt aus den Worten oder aus der allgemeinen Einstellung des Direktors zu entnehmen — eine Verweigerung des Beschäftigungsrechts enthielt. Auf diese Weise stellt sich die scheinbare Annahmeerklärung des Direktors juristisch als Ablehnung der Gage und Beschäftigung verlangenden Schauspielerofferte dar und enthält gleichzeitig eine neue, diesmal von ihm ausgehende Offerte, in der die Gage versprochen und die Beschäftigung in Aussicht gestellt wird. Erklärt sich der Schauspieler auf diese Offerte zustimmend, so ist mit dieser Zustimmung — und erst mit ihr — der Vertrag geschlossen. Irrt sich der Schauspieler über die vertragsschliessende Bedeutung dieser Zustimmungserklärung, in der ein Abgehen von seiner ersten Offerte liegt, so muss er anfechten; von einem Dissens kann keine Rede sein.

Diese Auffassung dürfte auch der im Theater-Geschäftsverkehr herrschenden Ansicht Rechnung tragen, dass schliesslich der Direktor als der Arbeitgeber und künstlerische Leiter des Instituts die Arbeitsbedingungen in Form der endgültigen Offerte aufstellt, die durch Zustimmung des Schauspielers zum Vertragsschluss führt; nicht aber umgekehrt, dass der arbeitnehmerische Teil seine Bedingungen endgültig festsetzt, die nur angenommen werden können, wenn überhaupt ein Bühnenengagementsvertrag zustande kommen soll.

138) so *Braun* S. 58.

139) vgl. dazu *Manigk*, a. a. O. S. 134 ff.

Es wird in der Fachliteratur überhaupt nicht das Moment in Erwägung gezogen, dass der Bühnenengagementsvertrag sich mehr als jeder andere Arbeitsvertrag auf einem weitgehenden Vertrauen aufbaut, das beide Teile den künstlerischen Fähigkeiten des anderen entgegenbringen. Und wenn es sich um die Beschäftigungsfrage handelt, so hat der kontrahierende Schauspieler das Vertrauen zu dem künstlerischen Weitblick des Direktors, der schon seine Fähigkeiten entdecken werde. Oder er verspricht sich von einem Engagement an diesem Theater mit seinen guten Regisseuren und Kollegen eine künstlerische Förderung, die es ihn verschmerzen lässt, wenn er einmal ein paar Bogen weniger als in anderen Engagements zu lernen hat. Er legt seine künstlerische Persönlichkeit vertrauend auf gute Pflege und künstlerische Förderung, in die Hände des kontrahierenden Theaterleiters und seiner Regisseure.

Dieses Moment überwiegt bei allen Bühnenengagements-Abschlüssen bei weitem das Moment eines starren Dringens auf Einräumung eines klagbaren Rechts auf Beschäftigung, worin kein Vertrauen mehr läge, sondern ein Misstrauen in die Fähigkeit des Theaterleiters und seiner Helfer, dem Mitglied die richtige künstlerische Behandlung zuteil werden zu lassen, deren er aus Kurzsichtigkeit ermangle.

Wie bei einem Lehrvertrage es im gewissenhaften Ermessen des Lehrers liegt, wie er den Schüler zu dem von beiden erstrebten Zweck wissenschaftlicher Förderung beschäftigt und behandelt, und dem Schüler keineswegs ein klagbarer Anspruch auf Einhaltung einer ihm genehmen Methode oder Erteilung ihm genehmer Aufgaben zusteht, so liegt es, was hier zu erweisen ist, beim Abschluss eines Bühnenengagementsvertrages niemals im Willen des Direktors, jedem seiner zukünftigen Mitglieder durch die Einräumung eines Beschäftigungsrechtes ein Recht auf Gestaltung des Spielplans zuzugestehen. Als gewissenhafter Theaterleiter kann und darf er einen dahingehenden Willen nicht zum Ausdruck bringen, denn bei der Ausgestaltung des Spielplans ist er nicht frei, sondern vielen anderen, am Anfang der Saison unübersehbaren Faktoren vor allem der Gunst des Publikums, der jeweligen literarischen Mode, dem Gedeihen des ihm anvertrauten Kunstinstituts verantwortlich.

Alle diese Dinge hat er eingehend von seinem künstlerischen Takt, seinem künstlerischen Gewissen zu leiten. Und diesem vertraut und unterwirft sich auch der Schauspieler, der sich die Person des Direktors oder seiner massgebenden Stellvertreter vorher mindestens ebenso genau ansieht, wie der Direktor ihn. Damit ergibt sich eine weitere Eigentümlichkeit des Bühnendienstvertrages: Kein kollektives, sondern ein auf persönlichem Vertrauen aufgebautes individuelles Arbeitsverhältnis, bei dem die Person des Arbeitgebers durchaus nicht gleichgültig, wie in der Mehrzahl der Arbeitsverträge, ist.

In der massgeblichen, den Vertragsschluss bestimmenden Willenserklärung des Direktors ist also demnach die Einräumung eines Rechts auf Beschäftigung bestimmter Art nicht enthalten und, wie weiter nachzuweisen war, war dies dem Schauspieler vollkommen unmissverständlich und erkennbar.

Aber das Beschäftigungsrecht ist überhaupt kein essentiale negotii des Bühnenengagementsvertrages und „von diesem Typus nicht zu trennen“[140]), sodass es unbedingt Vertragsbestandteil jedes Engagementsvertrages sein muss. Zwar wäre, wie *Manigk*[141]) ausführt, auch dann der Vertrag nicht wegen Dissenses nichtig, wenn über das Beschäftigungsrecht keine Willenseinigung erzielt wurde. Die Folge der Ansicht *Brauns* wäre, dass die Offerte zu einem Bühnenengagementsvertrag, gleichgültig von wem sie ausging und unter welchen Einzelumständen, gar nicht anders angenommen werden könnte, als unter gleichzeitigem automatischen Eintreten eines klagbaren Anspruchs auf Beschäftigung.

Diese Ansicht kann unmöglich richtig sein, gibt es doch zahlreiche Fälle von Bühnenengagementsverträgen, in denen dem Mitglied nichts an einer Beschäftigung liegt. Es gibt eben auch am Theater Arbeitnehmer, die sich in nichts von dem oben[142]) erwähnten Durchschnittsarbeiter unterscheiden und die vollauf mit pünktlicher Zahlung der Gage zufrieden sind. Es braucht sich die Zahl dieser keineswegs nur auf die unkünstlerischen[143]), meistens aus anderen Gründen dem Theater zugelaufenen Ele-

---

140) *Braun* a. a. O. S. 58.

141) *Manigk* a. a. O. S. 133 ff.

142) s. I. Kapitel dieser Arbeit.

143) Diese werden auch als „Kunsthandwerker“ bezeichnet. vgl. *Gregory*, Der Schauspieler.

mente zu beschränken. Kein Interesse an wirklicher Beschäftigung hat auch z. B. der bekannte und viel beschäftigte Tenor eines Stadttheaters, der sich zur Erholung für die Sommermonate an ein kleines Kurtheater verpflichten lässt. Sollen die Verträge dieser Mitglieder, auch wenn mit ihrer bereitwilligen Zustimmung das „essentiale aller Bühnenengagementsverträge", das Beschäftigungsrecht ausgeschlossen wurde, deshalb aufhören, Bühnenengagementsverträge zu sein? Oder umgekehrt, sollen diese Mitglieder, wenn das Beschäftigungsrecht nicht ausgeschlossen ist, die Möglichkeit haben, dies Recht zu Schadensersatzansprüchen zu missbrauchen, oder in anderer noch zu erörternder Weise dem Direktor Unannehmlichkeiten bereiten können, trotzdem ihr Engagement unter ganz anderen Voraussetzungen zustande kam und sie in Wahrheit gar kein Interesse an einer Beschäftigung haben? Diese notwendige Konsequenz der Ansicht *Brauns*, das Beschäftigungsrecht sei essentiale des Vertrags, macht die Unrichtigkeit des Ausgangspunktes für diese Konstruktion eines Rechts auf Beschäftigung mittels des § 157 BGB deutlich.

Damit erweist sich weiterhin die Unhaltbarkeit der Meinung, das erstrebte Beschäftigungsrecht sei durch § 157 dem Schauspieler sicher gestellt.

In der richtigen Erkenntnis, dass das Fehlen einer zweifelsfreien Gesetzesvorschrift, die das lebensnotwendige Recht auf Beschäftigung statuiere, äusserst unbillig sei, ist die Judikatur[144]) in den Fällen, wo sie vor Inkrafttreten der tarifvertraglichen Regelung des Beschäftigungsrechts von hierin verletzten Schauspielern angegangen wurde, auf einen Ausweg verfallen, der die unbillige Härte des Gesetzgebers vermeiden sollte. Zwar vertritt auch diese Rechtsprechung, ebenso wie die sie besprechenden Schriftsteller[145]), den richtigen[146]) Standpunkt, dass dem Dienstverpflichteten ein Recht auf Annahme seiner Dienste und auf Beschäftigung[147]) nicht zustehe. Aber ausnahmsweise soll ein Anspruch auf Annahme der Dienste aus den Umständen

144) Seuff. 66, 228; Recht 1909, 357 f., 437 f. D. J. Z. 1909 S. 458, 625; 1910 S. 52 f. *Warneyer*, Ergänz. Bd. 1910 Nr. 433; KG Bl. 1913 S. 30.

145) RG-Räte, Kom. a. a. O. zu § 611 I; *Warneyer* Kom. I, § 611, IV; *Staudinger* II, 2, § 611, VI S. 1085; *Planck* II S. 558, 5a; *Dernburg* II, 2, § 307, II, 2; *Achilles-Greiff* a. a. O. zu § 611.

146) Bestritten von *Klein* a. a. O. S. 24.

147) so *Warneyer* Kom. § 611, IV.

des einzelnen Falles zu entnehmen sein[148]). Soweit soll dieser Ansicht auch nicht widersprochen werden; denn zweifellos kann in vielen Fällen im Wege der Vertragsdeutung die Vereinbarung eines Beschäftigungsrechts erschlossen werden. Unzulässig ist aber diese Ansicht[149]), wenn sie verallgemeinernd sagt, beim Bühnenengagementsvertrag sei in allen Fällen aus den Umständen dieses Recht zu ersehen. Es macht auch keinen Unterschied, wenn an die Stelle der „Umstände", aus denen ein Beschäftigungsrecht gefolgert wird, eine „stillschweigende Vereinbarung" gesetzt wird, die den gleichen Erfolg haben soll[150]).

Es kann nicht bestritten werden, dass das Beschäftigungsrecht durch eine ausdrückliche Parteivereinbarung begründet und dass die Vereinbarung einer solchen auch in Form stillschweigender Uebereinkunft herbeigeführt werden kann. Aber letzteren Falles wäre die Voraussetzung, dass ein darauf hinzielender Willen des vertragsgegnerischen Direktors „aus den Umständen" ebenso zweifelsfrei ermittelt werden kann, wie ein ebensolcher sein Interesse verfolgender Willen des Schauspielers. An dieser Voraussetzung fehlt es jedoch, wie oben nachgewiesen ist, und hieran muss diese Konstruktion scheitern. Der dem Schauspieler erkennbare Willen des Theaterleiters war, soweit es sich um die Beschäftigungsfrage handelte, nur darauf gerichtet, einen Schauspieler zu engagieren, der ihm seine künstlerischen Fähigkeiten und seine Zukunft anvertraute und dem er dafür auskömmliche Beschäftigung in Aussicht stellte. Aber dieses Inaussichtstellen hat er gleichzeitig und ebenfalls erkennbar von seinem künstlerischen Ermessen abhängig gemacht und ist deshalb keineswegs zum Schuldner einer Beschäftigungspflicht geworden. Da der Schauspieler trotzdem den Vertrag einging, kann von einem durch stillschweigende Vereinbarung zustande gekommenen Beschäftigungs**recht**, mit dessen Hilfe der Schauspieler den schuldnerischen Direktor zur Verwirklichung im Wege der Klage anhalten könnte, keine Rede sein.

---

148) Bestritten vom OLG Hamm in OLG 24, 368.

149) so auch *Marwitz* a. a. O. S. 95.

150) so *Enneccerus* a. a. O. I, 2 S. 427: Stillschweigende Vereinbarung einer Beschäftigungspflicht bei Schauspielern, deren Entwicklung sonst stillstehen würde. Ebenso *Planck* II S. 558, 5a.

Verfehlt[151]) sind deshalb alle von der Gegenmeinung geltend gemachten Argumente, die trotzdem einen anders gerichteten Willen des Direktors nachweisen sollen. Beide Vertragsparteien wollten künstlerische Ziele erreichen, was sich nur durch tatsächliche Ausübung der Bühnenkunst erreichen lasse; demzufolge sei die Intention beider Parteien beim Vertragsschluss darauf gerichtet, dass ein Anspruch auf Beschäftigung Vertragsinhalt sein solle[152]). Dem ist entgegen zu halten, dass auch eine Köchin nicht zum Nichtstun, sondern zur Ausübung der Kochkunst nach der Intention beider Vertragsparteien engagiert wird, ohne dass hierdurch immer ein Anspruch, kochen zu dürfen, Vertragsinhalt geworden wäre.

Selbst *Opet* trennt sich neuerdings[153]) von der früher auch von ihm vertretenen Ansicht[154]), das „vitale Interesse des Schauspielers an seiner tatsächlichen Betätigung in der Kunst zwinge zu der Annahme, dass er das Engagement nur eingehe, wenn es ihm die Entgegennahme seiner Dienste garantiere; wovon es nur einen Schritt weiter bedeute, für das Bühnenengagement wegen seiner Eigenart ohne Rücksicht auf das nachweisliche Vorhandensein einer übereinstimmenden Intention beider Vertragsteile ein Recht auf Beschäftigung in Anspruch zu nehmen[155])". Auch er verschliesst sich nicht länger dem Einwand, „dass das Bühnenengagement unstreitig vom bürgerlichen Recht beherrscht werde, und dass dies die Pflichten des Dienstberechtigten in der Verpflichtung zur Entrichtung der Vergütung erschöpfe; dass auch die Intention der Bühnenunternehmer beim Abschluss des Anstellungsvertrags keineswegs dahin gehe, dem Bühnenangehörigen ein Recht auf Beschäftigung einzuräumen, vielmehr ausschliesslich darauf gerichtet sei, der Arbeit die ihr zukommende dienende Stellung zuzuweisen, nicht aber sie zum beherrschenden oder mitbeherrschenden Element zu machen; nirgends sei ein Recht auf Arbeit anerkannt; das vitale Interesse der Bühnen-

---

151) Ebenso OLG 24, 368.

152) *v. Beust* a. a. O. S. 122.

153) *Opet*, Gut. S. 220.

154) *Opet*, Theaterr. S. 174—192.

155) *Opet*, Gut. S. 219/220.

angehörigen an solchem Recht sei dafür keine gesetzliche Grundlage[156]) [157])".

Opet[158]) hält jetzt diese Gegengründe „für bedeutungsvoll genug, um die Hoffnung auszuschliessen, dass die von ihnen angefochtene Begründung des Beschäftigungsrechts einleuchtend genug wäre, um dem auf dessen Anerkennung gerichteten Verlangen der Bühnenangehörigen etwa im Wege gewohnheitsrechtlicher Bildung zum Siege zu verhelfen".

Damit gelangt *Opet* genau wie wir zu dem Ergebnis, „dass der Anspruch der Bühnenkünstler auf Beschäftigung, dessen materielle Berechtigung nicht anzuzweifeln ist, unter der Herrschaft des geltenden Rechts keine Aussicht auf Verwirklichung hat", dass es vielmehr der Aufstellung einer besonderen Norm bedürfe.

So muss als Ergebnis dieses Kapitels festgestellt werden, dass sämtliche Versuche der Literatur und Rechtsprechung, die durch die Lücke des Gesetzes entstehende unbillige Härte hinwegzukonstruieren, keinen Erfolg haben können[159]). Diesen Erfolg hatte erst die tarifvertragliche Regelung des Beschäftigungsrechts vom 19. April 1924.

Ob diese Regelung eine endgültige Lösung des Problems bedeutet und dem kommenden Reichstheatergesetz als Vorlage dienen kann, soll Gegenstand der Darstellung des folgenden Kapitels sein.

---

156) *Opet*, Gut. S. 220, in Anlehnung an *Kohler*, D. J. Z. 1911 Sp. 54 und *Felisch*, D. J. Z. 1909, 439, 627.

157) Ebenso *Marwitz*, a. a. O. S. 96.

158) *Opet*, eodem loco.

159) Ebenso OLG Hamm in OLG 24, 368: „Wenn der Schauspieler ein Recht auf Beschäftigung haben will, so muss er es vereinbaren; dass ihm dies wegen seiner regelmässig schwächeren wirtschaftlichen Stellung meistens nicht möglich sein wird, soll nicht verkannt werden, kann aber nicht dahin führen, ohne Vereinbarung das Recht anzuerkennen, sondern nur für den Gesetzgeber ein Grund sein, bei einer künftigen gesetzlichen Regelung des Theaterrechts dem Schauspieler als dem wirtschaftlich schwächeren Teil besonderen gesetzlichen Schutz zu gewähren".

III. Kapitel.

Der Tarifvertrag zwischen dem deutschen Bühnenverein und der Genossenschaft deutscher Bühnenangehörigen, mit Wirkung vom 1. Mai 1924 geschlossen, durch Verordnung vom 13. Aug. 1924 für allgemein verbindlich erklärt, enthält in § 6 die folgende Bestimmung:

„Der Unternehmer hat die Dienste des Mitglieds abzunehmen; er hat das Mitglied angemessen zu beschäftigen. Als angemessen ist die Beschäftigung anzusehen, die sich im Rahmen des vertraglichen Rollengebiets hält.

Anspruch auf bestimmte Rollen oder Partien kann das Mitglied nur erheben, wenn sie ihm im Dienstvertrag ausdrücklich zugesagt sind[160]).

Das Mitglied hat ferner keinen Anspruch auf jede Rolle oder Partie seines Rollengebiets".

Mit dieser tarifvertraglichen Regelung glaubte man den Streit um das Beschäftigungsrecht beigelegt zu haben. Eine kritische Untersuchung beweist jedoch, dass die obige Vereinbarung der Organisationen weder nach der juristischen noch nach der praktischen Seite eine den Interessen beider Parteien gerecht werdende Lösung des Problems enthält und nur eine vorläufige sein kann[161]).

Juristisch verfehlt ist der erste Satz des § 6, der eine Abnahmepflicht des dienstberechtigten Theaterunternehmers ausspricht. Diese Formulierung wurde offenbar in der Absicht gewählt, eine der Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers entsprechende Verpflichtung zu statuieren, was der Gesetzgeber in § 611 versäumt kabe. Wie aber bereits oben[162]) dargelegt, setzt die Verpflichtung zu einer „Abnahme" das Vorhandensein eines körperlichen Gegenstandes voraus, den der Verkäufer bezw.

160) vgl. § 5, VI des Tarifvertrages: „Besondere Vereinbarungen über die Art und den Umfang der Dienstleistungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in den Dienstvertrag".

161) Dafür auch *Hamburger* a. a. O. Anm. 159 S. 101.

162) S. 16—28 dieser Arbeit.

Werkunternehmer, weil es ihm im Wege steht usw., aus seinem Gewahrsam geschafft haben will. Eine Abnahme ist unmöglich und demzufolge eine Abnahmepflicht ausgeschlossen, wenn „dem Werk die materielle Beschaffenheit und Körperlichkeit fehlt[163])". Um eine Gewahrsamsbefreiung aber handelt es sich beim Bühnenengagementsvertrag gar nicht. Der Schauspieler verlangt nicht, dass ihm etwas weggenommen werde, sondern darüber hinaus, dass der Theaterleiter für ihn tätig werde, dass er ihm eine Rolle zuerteilt, ihm die Rolle ordnungsmässig einstudiere, und ihm zu diesem Zweck seine Regisseure, sein künstlerisches und technisches Personal, sein Theater zur Verfügung stelle, die Presse einlade usw. Diese Verpflichtung, die Vorbedingungen für das Tätigwerden des engagierten Künstlers zu schaffen, hat mit Abnahme in dem vom BGB gebrauchten Sinne nichts zu tun.

Auch wenn es wirklich möglich wäre, auf diese Weise den § 611 BGB um eine den §§ 433, II und 640 BGB entsprechende Vorschrift für den Bühnenengagementsvertrag zu ergänzen, wäre damit der Kern des Problems nicht getroffen. Das Bestreben ist doch, wie auch der Tarifvertrag scheinbar will, ein klagbares Recht des Schauspielers und eine erzwingbare Pflicht des Direktors bezüglich des Beschäftigungsproblems zu statuieren. Dem ist aber nicht dadurch Genüge geschehen, wenn gesetzlich oder tarifvertraglich eine Abnahmepflicht des Dienstberechtigten ausgesprochen wird, denn auch ein im Klagantrag auf Erfüllung der Abnahmepflicht gerichtetes und im Wege des direkten Vollstreckungszwanges zu erzwingendes Begehren des Verkäufers auf Abnahme hat trotz der in § 433 Abs. 2 gesetzlich ausgesprochenen Käuferpflicht nur dann Aussicht auf rechtliches Gehör, wenn der Verkäufer im Einzelfalle ausserdem noch ein besonderes Interesse an der Abnahme hatte und dies im Einzelkaufvertrag zusätzlich zum Ausdruck kam[164]). Andernfalls hat es für den in seinem Abnahmerecht verletzten Verkäufer sein

163) RG-Räte zu § 640 Anm. 3; vgl. doch *Hamburger* a. a. O. S. 76 oben. Die dortige Berufung auf Enneccerus ist wohl ein Irrtum.

164) vgl. OLG Kiel in Seuff. A. 40 Nr. 195: „Hier hat sich der Käufer verpflichtet, die Steine wegzuschaffen, also eine Verpflichtung übernommen, die nicht schon selbst in seiner Verpflichtung als Käufer enthalten war, sondern zusätzlich hinzukam und die er selbstredend erfüllen muss".

Bewenden bei § 286 BGB, der ihm nur Schadensersatz zubilligt, wogegen ihm die Erzwingbarkeit seines gesetzlichen Anspruchs mit den Mitteln des 8. Buches der Zivilprozessordnung versagt ist[165]).

Dass dem Schauspieler aber mit Schadensersatz im Regelfall nicht gedient ist, dass die tarifvertragliche Regelung mit samt ihrer heute üblichen Auslegung in der Praxis der Bühnenschiedsgerichte eine in Anbetracht der zahlreichen Literatur, in der immer wieder auf die ungeheure Bedeutung eines gesetzlichen Beschäftigungsrechts für den Schauspieler hingewiesen wurde, unverständliche Verkennung der Interessenlage eines in seinem Beschäftigungsrecht verletzten Bühnenkünstlers darstellt, wird des näheren auszuführen sein.

Die Unzulänglichkeit der Lösung, das Beschäftigungsrecht durch eine Abnahmepflicht zu statuieren, scheint den Verfassern des Tarifvertrages selbst klar geworden zu sein, der die Abnahmepflicht aussprechende Satz wurde ergänzt durch den Nachsatz: „Er hat das Mitglied angemessen zu beschäftigen". Mit dieser Formulierung könnte man sich zufrieden geben, wenn nicht gleich wieder bei dem Wort „angemessen" Zweifel auftauchten. Auch dies ist dem Tarifausschuss klar geworden, denn er definiert weiter, angemessen sei die Beschäftigung im Rahmen des vertraglichen Rollengebietes.

Mit dem Wort „angemessen" kann man gesetzestechnisch überall da auskommen, wo die Prüfung des materiellen Anspruchs dem richterlichen Ermessen vorbehalten bleiben kann und darf. Man erreicht hierdurch unter Verzicht auf eine eindeutig klare Formulierung, dass der Richter im Einzelfall genau die beiderseitigen Interessen gegeneinander abwägen kann und nicht durch eine starre Gesetzesvorschrift zu einer möglichen Härte in seinem Urteil gezwungen ist. In solchen Fällen ist letzten Endes das Gericht der Gesetzgeber über den materiellen Anspruch, die Entscheidung, ob der erhobene Anspruch vorliegenden Falles zu Recht besteht oder nicht, ist ganz in sein Ermessen gestellt.

Eine objektive Untersuchung, ob die jeweils gewählte gegesetzgeberische Lösung eine glückliche ist, hat sich demnach auf die Zusammensetzung des Gerichts, dem diese Aufgabe

165) vgl. *Rauert* a. a. O. S. 25 ff.

zugefallen ist, zu erstrecken. Unbedenklich ist es, einem Gericht eine so gewichtige Rolle zufallen zu lassen, wenn an seiner Objektivität kein Zweifel bestehen kann, und dies wird in allen Fällen, in denen der Gesetzgeber den beschriebenen Weg gewählt hat, der Fall sein.

Aeusserst bedenklich aber ist die tarifvertragliche Regelung, die sich das Verfahren des Gesetzgebers, in manchen Fällen aus Billigkeitsgründen eine schroffe Formulierung zu vermeiden, zu eigen gemacht hat, wenn man die Zusammensetzung des Gerichts, das über dieses „lebensnotwendige" Recht des Schauspielers zu befinden hat, ins Auge fasst[166]).

Laut Absatz 5 des Tarifvertrags[167]) entscheiden über alle Ansprüche aus dem Bühnendienstvertrag unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs die von den Organisationen (D. B. V. und G. D. B. A.) nach Massgabe der von ihnen vereinbarten Schiedsgerichtsordnung eingesetzten Schiedsgerichte. Die Bühnenschiedsgerichtsordnung sieht sechs über das Reich verteilte Bezirksschiedsgerichte[168]) vor, bestehend aus einem Obmann als Vorsitzenden, der vom Tarifausschuss ernannt wird, und vier Schiedsrichtern, die von den beiderseitigen Präsidien ernannt werden, und setzt als Berufungs- und letzte Instanz das Bühnenoberschiedsgericht, bestehend aus einem Obmann und je drei von den beiderseitigen Präsidien ernannten Beisitzern, in Berlin ein.

Diese Gerichte haben über die Auslegungen des § 6 des Tarifvertrags zu befinden. An der Sachkunde dieser Gerichte wird niemand Zweifel haben. Hierin liegt ja der Vorzug aller Schiedsgerichte gegenüber den ordentlichen Gerichten, die sich die erforderliche Sachkunde erst auf einem für die streitenden Parteien kostspieligen Wege verschaffen müssen. Die Zusammensetzung der Bühnenschiedsgerichte ist dagegen derart, dass man grosse Bedenken in ihre Wahrsprüche setzen muss. Der Ausfall einer Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten eines streitenden Unternehmers hängt von dem Zufall ab, wie sich die Machtverhältnisse in der Zusammensetzung des Gerichts

166) vgl. *Neumond* im Berl. Tagebl. vom 18. Nov. 1912.

167) vgl. *Rosenmeyer-Assmann* a. a. O. S. 11.

168) In den Städten: Berlin, Breslau, Frankfurt am Main, Hamburg, München, Köln.

verteilen. Selbst in dem besten Fall, dass die Beisitzer in gleicher Anzahl und Stärke der Unternehmer- und Angestelltenorganisation entnommen sind, sind die Machtverhältnisse verschieden. Man nehme zunächst den Fall einer Unterinstanz:

Ein Obmann, der in irgend einer Eigenschaft dem Theater, dem die streitenden Parteien angehören, nahesteht; Schiedsrichter sind zwei Direktoren anderer Theater und zwei Schauspieler des gleichen Theaters; der Streit dreht sich darum, dass dem klagenden Schauspieler schriftlich die Rolle des „Don Carlos" zugesichert war und der Theaterunternehmer ihm die Beschäftigung in dieser Rolle verweigert. Jeder gewissenhafte Rechtsanwalt wird angesichts dieser Zusammensetzung des Gerichts dem Schauspieler von einer Durchführung des Prozesses abraten; er liefe auf ein Urteil hinaus, das ihm einen Schadensersatz etwa in Höhe von einer zwei- bis dreifachen Monatsgage zuspräche[169]) und ihm für den Rest der Spielzeit wenig Befriedigung in seiner künstlerischen Tätigkeit eintrüge. Dieser Geldersatz aber ist für den Direktor in der Regel gar keine Belastung, für den Schauspieler nicht nur ein unvollkommener, sondern überhaupt kein Ersatz seines Schadens, der sich in ganz anderer Richtung bewegt; denn vom Spielen des Carlos hing für ihn eine evtl. Berühmtheit[170]), bestimmt aber seine Karriere, das sichere Engagement an ein grosses Theater ab, dessen Direktor ihn als Carlos sehen wollte, aber das Risiko und die Unkosten eines Gastspiels am eigenen Theater scheute. Selbst der entstandene wirtschaftliche Schaden wird durch die Zubilligung einer zwei- bis dreifachen Monatsgage nicht ersetzt, abgesehen von dem unersetzbaren ideellen Schaden[171]).

Der Umstand, dass in diesem Fall mindestens zwei Mitglieder des Gerichts dem Arbeitnehmerstand angehören, wiegt nicht den Nachteil der überall an den Bühnenschiedsgerichten beobachteten Erscheinung auf, dass die als Schiedsrichter

169) *Rosenmeyer-Assmann* a. a. O. S. 62.

170) Ausgezeichnet drückt *Davray* a. a. O. S. 63 das in Frage stehende Interesse des Schauspielers dahin aus: „il voulait mêttre en relief ses talents et accroître sa renomée".

171) Eine Berufung an das Bühnenoberschiedsgericht in obigem Fall ist zwecklos, denn bis dort die Sache ansteht oder zur Endentscheidung reif ist, hat das Engagement längst sein Ende gefunden. Damit ist die Möglichkeit, an diesem Theater den Carlos zu spielen, entfallen.

ungierenden Schauspieler aus begreiflichen Gründen sehr ungern zu Ungunsten ihres Direktors in die Verhandlung eingreifen. Auch den ebenfalls als Schiedsrichter amtierenden Direktoren anderer Theater widersprechen sie nicht gern, zumal nicht, wenn sie mit ihnen in Vertragsverhandlungen stehen.

Aber auch der umgekehrte Fall, dass der streitende Direktor kein unparteiisches Gericht vorfindet, ist möglich, vielleicht sogar häufiger als der erste Fall. Man vergegenwärtige sich dazu, dass die der Arbeitgeberorganisation entnommenen Schiedsrichter Leiter von Konkurrenzunternehmungen sind und dass es sehr schwer ist, diese beiden Eigenschaften auseinander zu halten. Die hierzu nötige Objektivität aufzubringen, sind die Angehörigen des Bühnenberufs denkbar ungeeignet. Ihr rein auf einem ausgeprägten Gefühlsleben beruhender Beruf gewöhnt sie zu subjektiver Einstellung und zu leidenschaftlichster Parteinahme. Aus diesem Beruf Richter zu entnehmen, gleichgültig ob es sich um Arbeitnehmer oder Arbeitgeber handelt, die meist ebenfalls ausübende Künstler sind oder waren, sollte jeder Kenner der Künstlerpsyche für unmöglich halten.

In keinem anderen Beruf wird man gegen die Einrichtung von paritätisch besetzten Schiedsgerichten zur Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten ähnliche Bedenken haben, wie gegen die Bühnenschiedsgerichte, in denen nicht irgendwelche namenlose Vertreter ihres Standes auf der Richterbank nebeneinander sitzen. Ein Gericht aber, an dessen Objektivität auch nur der geringste Zweifel möglich ist, zum Gesetzgeber in einer für den Künstlerstand lebenswichtigen Frage zu machen, wie dies die tarifvertragliche Regelung tut, dürfte nicht der geeignete Weg sein, in dem Problem des Beschäftigungsrechts eine endgültige Klärung zu schaffen.

Die Folge ist auch, dass sich einheitliche Gesichtspunkte in der Rechtssprechung der Bühnenschiedsgerichte nicht auffinden lassen[172]). Was ist „angemessene Beschäftigung im Rahmen des vertraglichen Rollengebiets", wenn der Darsteller nicht für ein Fach oder bestimmte Rollen, sondern nur „als Schauspieler" engagiert wurde, wie dies an den modernen und gerade künstlerisch besten Bühnen der Fall ist? Hier hat das Bühnenschieds-

172) vgl. *Rosenmeyer-Assmann* a. a. O. S. 60-62; auch *Felisch-Leander* a. a. O.

gericht nicht die geringste Handhabe an der tarifvertraglichen Regelung. Die mündlichen, von beiden Parteien mit Ueberzeugung und Elan behaupteten Vereinbarungen lassen sich in Schauspielerprozessen fast nie aufklären. Die Entscheidung in einem derartigen Falle wird weder den Interessen irgend einer Partei voll Rechnung tragen noch von sich sagen können, dass sie das Recht gefunden habe.

Auch die weitere tarifvertragliche Regelung in den Absätzen II und III des § 6 kann keine Zustimmung finden.

Es ist selbstverständlich, dass dem Theaterleiter die Befugnis zustehen muss, die endgültige Entscheidung in Besetzungsfragen von seiner künstlerischen Auffassung abhängig zu machen. Auch wenn er einen Schauspieler als I. Helden engagiert hat, und sich im Laufe des Engagements die Ueberzeugung des Direktors herausstellt, dass der Darsteller für die meisten Rollen dieses Faches ungeeignet sei und seine Möglichkeiten in anderen Fächern habe, muss es ihm unverwehrt bleiben, diese Ueberzeugung in der Rollenbesetzung zum Ausdruck zu bringen. Der Darsteller darf nicht durch sein Beschäftigungsrecht die Befugnis haben, seine künstlerische Auffassung dem Gesamtbild der Vorstellungen dieses Theaters aufzuzwingen. Aber nicht nur aus künstlerischen Gründen, wie *Kohler*[173]) will, muss dem Direktor dieses Ablehnungsrecht zustehen. Auch geschäftlichen Erwägungen muss er hierbei Rechnung tragen dürfen, denn er hat Rücksicht auf das Publikum zu nehmen, von dessen Besuch die Existenz des Theaters abhängt, und braucht kein Mitglied auf die Dauer in Rollen zu beschäftigen, in denen es Publikum und Presse ablehnen. Das Beschäftigungsrecht ist also kein uneingeschränktes, sondern hat sich im Rahmen der Lebensinteressen des ganzen Instituts zu halten.

Diese Einschränkung des Beschäftigungsrechts ist im § 6 des Tarifvertrags dahingend festgelegt, dass das Mitglied einen Anspruch auf bestimmte Rollen oder Partien ebenso wenig habe, wie einen Anspruch auf jede Fachrolle, wenn es für ein Fach engagiert ist. Diese unglückliche Formulierung bedeutet praktisch die Negation des in Absatz I des § 6 ausdrücklich statuierten Rechts. Wie soll ein Darsteller, der Monate hindurch in allen ihm zustehenden Rollen übergangen wurde,

173) *Kohler*, D. J. Z. 1911 Sp. 55.

anders zu dem versprochenen Beschäftigungsrecht in seinen Sachrollen kommen, als dass er seinen Klagantrag darauf richtet, den beklagten Theaterleiter zu verurteilen, ihn dadurch angemessen zu beschäftigen, dass er ihm in dem demnächst aufzuführenden Theaterstück die Rolle des N. N. erteilt? Jede derartige Klage kann der Direktor unter Hinweis auf den § 6 des Tarifvertrags damit beantworten, dass der Kläger ein Recht auf bestimmte Rollen nicht habe. Das „Recht auf Beschäftigung" ist dadurch illusorisch geworden und hat sich in ein „Recht auf Schadensersatz" verwandelt, woran dem in höchstem Masse an wirklicher Beschäftigung interessierten Schauspieler nichts liegt. Wenn der Tarifvertrag einen Anspruch auf Beschäftigung geschaffen hat, so ist damit nach allgemeinen Grundsätzen auch ein Anspruch auf Erfüllung gegeben, und jeder Erfüllungsanspruch ist im Rechtswege einklagbar und erzwingbar, wenn die Zwangsvollstreckung nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist[174]).

Man hat angesichts dieser Regelung mit *Goldbaum-Jakoby*[175]) nach dem Sinn zu fragen, ein Recht auf Beschäftigung zu statuieren, „wodurch ohne Zweifel ein Erfüllungsanspruch geschaffen ist", und in einem Atem dieses Recht seines „positiven Inhalts zu berauben". Wenn die tarifvertragliche Regelung von dem Gedanken ausging, dass es unerträglich wäre, einen Theaterleiter zur Aufführung eines bestimmten Stücks zu zwingen und demzufolge die nach den allgemeinen Regeln mögliche Zwangsvollstreckung ausschliessen wollte, so hätte sie diese noch eingehend zu erörternde[176]) Erwägung zum Ausdruck bringen müssen, wie dies z. B. der § 46 des Entwurfs eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes tut. Selbstverständlich ist der Einwand der Untragbarkeit eines Beschäftigungszwanges aus künstlerischen Gründen nicht von vornherein abzulehnen, wenngleich hier ein anderer Weg empfohlen werden wird, um in den künstlerischen Betrieb eingreifende Urteile zu vermeiden. Dieser Weg ist der, dass man in der Prüfung des materiellen Rechts auf Beschäftigung die künstlerischen Gegengründe weitgehendst berücksichtigt, und im Gesetz zum Ausdruck bringt, dass eine Beschäftigungspflicht entfällt, wenn ein wichtiger Betriebsgrund vor-

174) Dies ist, wie ein Blick in die Z. P. O. (§ 888 Abs. 2) lehrt, nicht der Fall.
175) a. a. O. S. 31.
176) s. unten S. 65 ff.

liegt. Das materielle Beschäftigungsrecht ist einzuschränken, nicht aber der Vollstreckungszwang eines materiell zu Recht erhobenen und nach Prüfung aller Betriebsgründe zu Recht erkannten Anspruchs auszuschliessen.

Die Handhabung des § 6 in der Praxis der Bühnenschiedsgerichte beweist die Richtigkeit unserer Vermutung, dass der Tarifvertrag in Wahrheit kein Recht auf Beschäftigung, sondern nur ein unverlangtes Recht auf Schadensersatz enthält[177]).

Man sollte annehmen, dass die Begründungen, welche die Schiedsgerichte für die Schadensersatzpflicht aufführen, genügten, um ein Erfüllungsbegehren des Klägers zu rechtfertigen. Ein Erfüllungsbegehren aber ist durch § 6 direkt ausgeschlossen. Dies wird von *Goldbaum-Jakoby* übersehen, der trotz des Absatz II und III des § 6 einen auf Verurteilung zur Aufführung des Werkes X und zur Erteilung der Rolle des Y darin lautenden Klagantrag für möglich hält[178]). Es ergibt sich demnach, dass die tarifvertragliche Bestimmung keine der Interessenlage der Parteien Rechnung tragende Regelung des Beschäftigungsrechts enthält und dass sie keineswegs, wie dies behauptet wird[179]), eine Beendigung des Streites um das Beschäftigungsproblem darstellt. Diese Aufgabe ist vielmehr dem kommenden Reichstheatergesetz vorbehalten, in dem zur Vermeidung der zahlreichen, die künstlerische Zusammenarbeit in empfindlicher Weise schädigenden Beschäftigungsprozesse eine scharf abgegrenzte Fixierung eines materiell stark eingeschränkten, im Wege der Zwangsvollstreckung aber verfolgbaren Beschäftigungsrechts erforderlich ist. Die Entscheidung steht dann

177) *Rosenmeyer-Assmann* a. a. O. S. 62: „Nicht angemessene Beschäftigung verpflichtet zum *Schadensersatz*, der Darsteller wird an der Entfaltung seiner Kräfte gehindert, seine Aussichten, vorwärts zu kommen, sind geschmälert (BSCHG 1920 S. 596). Allgemein gilt, dass die Schädigung des Bühnenkünstlers bei Verletzung des Rechts auf Beschäftigung sich nicht in der Erschwerung einer neuen Anstellung erschöpft, sondern auch den Schaden umfasst, der ihm durch Vorenthaltung der Betätigung und Ausbildung erwächst (BOSCHG v. 1. XII. 25). Der Nachweis eines direkten Vermögensschadens ist nicht erforderlich. Die Höhe des Schadens wird vom Schiedsgericht nach freiem Ermessen bestimmt; in der Regel wird der 2—3fache Monatsgehalt zugesprochen (1921 S. 330). Der dreifache Betrag eines Monatsgehalts wird in besonders schwerwiegenden (!!) Fällen zugesprochen (OSCHG v. 1. XII. 25)"!!

178) *Goldbaum-Jakoby* a. a. O. S. 31 unten.

179) *Rosenmeyer-Assmann* a. a. O. S. 59; a. M. *Hamburger* S. 101 Anm. 159.

ien Arbeitsgerichten zu, die in der Handhabe eines genauen aufschlussreichen Gesetzes und in der — eingehender noch aufzeigenden[180]) – Möglichkeit eines kostenlosen Sachverständigengutachtens eine hinreichende Grundlage für gerechte Wahrsprüche haben.

Damit würde sich auch der Einwand erledigen, die Anstrengung einer Klage auf Erfüllung des Beschäftigungsrechts sei natürlich gegenüber einer Schadensersatzklage, weil in den meisten Fällen das Engagement bereits vor Erledigung des Prozesses abgelaufen sei. Nunmehr könnte der Schauspieler sich durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung gegen die Verweigerung der Beschäftigung in seinen Rollen schützen. Auch das Vorhandensein eines Arbeitsgerichts an jedem Theaterort würde eine Verkürzung und Verbilligung gegenüber dem gegenwärtigen Zustand bedeuten, der den Schauspieler X am Y-Theater in Königsberg zur Angehung des Bühnenschiedsgerichts in Berlin zwingt. Die unerlässliche Sachkunde des Gerichts, über welche die Bühnenschiedsgerichte zweifelsohne verfügen, ist zu ersetzen durch ein Gutachten des bei jedem Theater vorhandenen Orts- bezw. Lokalverbands der Genossenschaft deutscher Bühnenangehörigen (Künstlerrat), das der Klage beizufügen ist. Dieses Gutachten dürfte auf Grund der genauen Kenntnis der Gutachter über die lokalen Verhältnisse ihres Theaters und die Triftigkeit der vom Direktor von ihnen vorher einzufordernden Gegengründe gegen die verlangte Beschäftigung noch der Sachkunde der Schiedsrichter vorzuziehen sein, die das Theater und die örtlichen Verhältnisse und Eigentümlichkeiten nur vom Hörensagen kennen.

Ist aber die Sachkunde der Schiedsgerichte im Wege eines ebenfalls im Reichstheatergesetz festzulegenden Verfahrens, dessen Einzelheiten unten erörtert werden, ersetzbar und ohne Verteuerung des Prozesses auch den Arbeitsgerichten erreichbar, so dürfte sich kein Grund mehr gegen die Forderung auffinden lassen, den Bühnenschiedsgerichten die Zuständigkeit über Beschäftigungsstreitigkeiten zu entziehen[181]).

180) s. unten S. 76 f.

181) so auch Rechtsanwalt *Neumond* a. a. O.

IV. Kapitel.

Eine glücklichere Regelung des Beschäftigungsrechts, als sie in dem Tarifvertrag für das Bühnengewerbe getroffen ist, stellt der § 46 des Entwurfs eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes dar, der bestimmt:

„Der Arbeitgeber ist auch ohne ausdrückliche Vereinbarung verpflichtet, den Arbeitnehmer angemessen zu beschäftigen, wenn dieser ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat. Dies gilt namentlich, wenn die Nichtbeschäftigung geeignet ist, die Entwicklung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers in erheblichem Masse zu beeinträchtigen oder sein Fortkommen wesentlich zu erschweren.

Die Verpflichtung entfällt, auch wenn sie vereinbart ist, soweit der Arbeitgeber einen wichtigen Grund hat, die Beschäftigung abzulehnen.

Im Falle der Verurteilung zur Beschäftigung findet § 888, I ZPO keine Anwendung.

Auf die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Schadensersatz finden die §§ 842—847 BGB entsprechende Anwendung".

Diese weit über das geltende Recht und auch die Tarifvertragsformulierung hinausgehende Bestimmung wird in der Literatur einstimmig als eine befriedigende, beiden Teilen gerecht werdende Lösung der viel umstrittenen Frage begrüsst[182]), wenngleich auch hier die scharfen Grenzen hinsichtlich des Umfangs des Rechts zu vermissen seien und die Entscheidung zu weitgehend vom Ermessen des Richters abhinge.

Den oben[183]) geäusserten Bedenken gegen ein gesetzliches Beschäftigungsrecht für alle Arbeitnehmergruppen begegnet der Entwurf dadurch, dass er dies Recht nur den interessierten Arbeitnehmern verleiht, die im allgemeinen mit der hier getroffenen Regelung zufrieden sein werden.

182) *Richter*, R. Arb. Bl. NAT. S. 233; *Hueck* in Molitor usw. a. a. O. S. 144 f.; *Bewer*, Leipz. Z. 1914 Sp. 98 ff. u. R. Arb. Bl. NAT. 1922 S. 702 ff.

183) s. I. Kapitel dieser Arbeit.

Für die Bühnenkünstler, die von der Denkschrift zum Entwurf (S. 17 I) als Hauptbeispiel einer am Beschäftigungsrecht besonders interessierten Berufsgruppe angeführt werden, kann sie nicht ausreichen[184]).

Die Bedenken *Bewer's*[185]) gegen die Einschränkung des materiellen Beschäftigungsrechts in § 46 I des Entwurfs durch die verdeutlichende[186]) Definition des „besonderen Interesses", das als vorhanden anzusehen ist, „wenn die Nichtbeschäftigung geeignet ist, die Entwicklung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers in erheblichem Masse zu beeinträchtigen oder sein Fortkommen wesentlich zu erschweren", vermögen wir allerdings nicht zu teilen. Der Arbeitgeber muss geschützt werden gegen ein ungerechtfertigtes Beschäftigungsverlangen, wie ja auch *Bewer* will. Hierbei gibt ihm aber gegen „unlauter aufgebauschtes" Begehren nach Beschäftigung, § 226 BGB, den *Bewer* für ausreichend hält, keinen Schutz. Es ist vielmehr das materielle Beschäftigungsrecht abhängig zu machen von sicheren Kriterien, die das Beschäftigungsverlangen prima facie als gerechtfertigt erkennen lassen, wie dies der Entwurf in einer durchaus nicht „bedenklichen und verfänglichen" Weise tut. Durch die Einschränkung des Entwurfs wird keineswegs das erforderliche Interesse „in die Potenz erhoben und ein besonders hoher Grad verlangt, um erst daraufhin einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers anzuerkennen". Der Entwurf verfolgt in billigenswerter und für das Reichstheatergesetz vorbildlicher Weise das hier immer wieder zu empfehlende Verfahren, Unzuträglichkeiten, die durch die gesetzliche Anerkennung des Beschäftigungsrechts für das Gesamtinteresse des Betriebes entstehen könnten, durch eine Einschränkung dieses Rechts in seinem materiellen Inhalt zu verhüten. Dies bedeutet einen nicht genug anzuerkennenden Fortschritt gegenüber dem heute geübten Verfahren[187]), ein unumschränktes Beschäftigungsrecht für alle und jedermann zu fordern und dann, wenn es sich um

184) Dies wird anerkannt von *Hueck* in Molitor usw. S. 145, der eine nähere Regelung durch Tarifvertrag empfiehlt. Dies ist aber aus den oben (S. 6 u. S. 56—63) angeführten Gründen untunlich, vielmehr hat sie durch ein Gesetz zu erfolgen.

185) Leipz. Z. 1924 Sp. 99.

186) Entwurf-Denkschrift S. 17.

187) so z. B. *Hamburger* a. a. O. S. 99 ff.

die Verwirklichung dieses Beschäftigungsrechts in dem wirklich gerechtfertigten Fall des Schauspielers handelt, achselzuckend zu erklären, die Vollstreckung und der Beugezwang zur Erzwingung eines dem Urteil nicht gehorchenden Direktors seien ausgeschlossen.

Hier greift der Entwurf das Problem an der richtigen Stelle an, und es würde einen gewaltigen Rückschritt bedeuten, ebenso wie es einen — berechtigten — Sturm der Entrüstung gegen das Beschäftigungsrecht überhaupt wieder hervorrufen würde, wenn *Bewer's* radikale Forderung durchdränge und „jedwedes besondere Interesse an sich, d. h. unabhängig von Wichtigkeit und Hochgradigkeit nach § 46 Abs. 1 zuzulassen" sei.

Nicht nur vom Standpunkt des Arbeitgebers ist daraufhin erst nachzuprüfen, ob ihm eine Beschäftigungspflicht obliegt[188]). Das wäre ein umständliches Verfahren, das jedem querulantenhaften Arbeitnehmer die rechtliche Möglichkeit eröffnete, seinen Prinzipal in jedem Fall vor das Arbeitsgericht zu zitieren und dort einmal abzuwarten, ob diesem der — gewiss nicht leicht zu erbringende — Nachweis, dass ihm „aus wichtigem Grund" keine Beschäftigungspflicht obliege, gelingen wird.

Umgekehrt muss anfänglich die Beweislast verteilt sein: Der den Schutz der Gerichte begehrende Arbeitnehmer muss nachweisen, dass ihm in seinem Fall ein Beschäftigungsrecht zusteht. Mit diesem Nachweis erst ist seine Klage schlüssig. Dies ist auch keinesfalls, wie man annehmen könnte, eine unbillige Erschwerung des Rechtsschutzverlangens des klägerischen Arbeitnehmers. Im Falle des Schauspielers z. B. hat er diesen Beweis bereits durch den Nachweis seiner Eigenschaft als Bühnenkünstler erbracht, der nach der glücklichen Formulierung des Entwurfs prima facie enthält, dass „die Nichtbeschäftigung geeignet ist, sein Fortkommen wesentlich zu erschweren".

Die Folge würde nur sein, dass sich die Arbeitnehmer ihren Schritt, das Gericht anzugehen, zur Vermeidung der Verurteilung in die Kosten des Verfahrens vorher genau überlegen, und diese Folge wäre im Interesse des Arbeitsfriedens höchst begrüssenswert. Es ist deshalb nicht einzusehen, was an dem Verfahren des Entwurfs „verfänglich und bedenklich" sein soll und die *Bewer*'sche Kritik muss entschieden abgelehnt werden.

188) so *Bewer*'s Forderung a. a. O. S. 100.

Verlangt der Arbeitnehmer die vertragsmässige Beschäftigung, so versetzt er den ihn weiterhin nicht beschäftigenden Arbeitgeber in Verzug. Dies hat zwiefache Folge für den Arbeitgeber: einmal hat er gemäss § 615 BGB dem Nichtbeschäftigten sein Gehalt weiter zu zahlen und zweitens liegt ihm, wenn der verletzte Arbeitnehmer auf Erfüllung der Beschäftigungspflicht klagt, gemäss § 46 Absatz 2 die Beweislast ob, dass er „einen wichtigen Grund" habe, dem an sich gerechtfertigten Beschäftigungsverlangen in diesem Fall nicht nachkommen zu brauchen. Gelingt ihm dieser Beweis, so entfällt gemäss § 46 Absatz 2 seine Beschäftigungspflicht selbst dann, wenn sie ausdrücklich vereinbart war.

Auch dieses Verfahren des Entwurfs, den Arbeitgeber gegen unbillige, in seine Interessen einschneidende Urteile und gegen uneinsichtige Arbeitnehmer zu schützen, ist aus den gleichen Gründen wie oben durchaus zu begrüssen; aber hier setzen angesichts der Unfixierbarkeit des Begriffes „wichtiger Grund" Bedenken ein, die den Vorschlag einer genaueren Umschreibung des Bestrebens, den Theaterdirektor zu salvieren, gerechtfertigt erscheinen lassen.

Die Denkschrift[189]) begründet den Absatz 2 des § 46 durchaus zutreffend damit, „es könne dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, durch Tätigkeit des Angestellten dauernd den Betrieb schädigen zu lassen, z. B. dauernd einen Schauspieler auftreten zu lassen, den das Publikum ablehne". Diese Unzumutbarkeit aber muss in genauerer Weise abgegrenzt werden als durch den Nachweis eines wichtigen Grundes. Die Beschäftigung kann und darf der Arbeitgeber nur dann ablehnen, wenn es die höher stehenden Interessen seines Betriebes, die er nach pflichtmässigem Ermessen als Betriebsleiter wahrzunehmen hat, erfordern. Nach dem Wortlaut des § 46 II aber könnte er die Beschäftigung auch dann verhindern, wenn er aus anderen, z. B. persönlichen Gründen die Tätigkeit des Angestellten verhindern will und ihm dieser hierzu Anlass (z. B. durch Beleidigung oder Tätlichkeit) gegeben hat. So ist der Fall vorgekommen, dass ein an übergrosser Erregbarkeit, der Berufskrankheit der Schauspieler, leidender Darsteller, der im übrigen sehr brauchbar war, seinen Direktor beleidigte, wieder

189) S. 17, I.

beleidigt wurde, und daraufhin auf der Strasse nicht mehr grüsste. In diesem Fall hatte der Direktor ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde, nicht aber ein Ablehnungsrecht seiner Beschäftigungspflicht. Er kann sich nicht dadurch rächen, dass er die Karriere seines Schauspielers in der Weise in Frage stellt, dass er ihm alle bedeutsamen Rollen entzieht und ihn gerade bei den für das künstlerische Fortkommen wichtigsten Anlässen, z. B. Uraufführungen und Festvorstellungen nicht beschäftigt. Dies ist ihm aber nach § 46 II, des Entwurfs möglich, denn ein „wichtiger Grund" liegt zweifellos vor. § 46 Abs. II sollte deshalb, wie ja auch die *Denkschrift* will, die Fassung erhalten, dass das Ablehnungsrecht nur „aus wichtigem Betriebsgrund" gegeben ist. Gegen sonstige Uebergriffe des Angestellten ist der Prinzipal durch § 626 BGB oder entsprechende Spezialbestimmungen[190]) hinreichend geschützt.

Auf der anderen Seite ist das durch die Dehnbarkeit des Begriffs „wichtiger Grund" allzuweite richterliche Ermessen einzuschränken und dem Direktor die Beweisführung zu erleichtern durch eine Verdeutlichung dessen, was als „wichtiger Betriebsgrund" zu gelten hat.

Vorbildlich kann hierbei die Formulierung des österreichischen Schauspielergesetzes sein, das in § 21 bestimmt, der Bühnenunternehmer habe das Mitglied zu beschäftigen, wobei auf den „Inhalt des Vertrages, auf die Eigenschaften und Fähigkeiten des Mitglieds, sowie auf die Art der Führung des Theaterbetriebs entsprechend Bedacht zu nehmen ist[191])".

Durch eine derartige Bestimmung, die trotz ihrer Ausführlichkeit dem Richter keine Knebelung auferlegt, wäre es dem Direktor möglich, durch einen Hinweis auf das dauernde Versagen des klägerischen Schauspielers in den von ihm geforderten Rollen oder auf die Geschäftslage seines Theaters, die es ver-

190) z. B. § 15 des Schauspieler-*Tarifvertrags:* „Der Vertrag kann von jedem Teil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. – Wichtiger Grund zur sofortigen Lösung des Vertrags ist jeder Umstand, auf Grund dessen die Fortsetzung des Dienstverhältnisses einer Vertragspartei nicht mehr zugemutet werden kann; insbesondere Tätlichkeiten, erhebliche Beleidigungen, unsittliche Zumutungen, beharrliche Verweigerung oder schwere Vernachlässigung der Dienstleistungen, wiederholt unpünktliche Zahlung der Vertragsvergütung.

191) vgl. *Schweizer Jur. Zt.* 1922 19. Jahrg. Heft 3 (1. August 1922).

biete, die vom Kläger verlangten Klassiker aufzuführen und vielmehr dem Geschmack des Publikums entsprechend die Aufführung von modernen Lustspielen erheische, ein die Betriebsinteressen des Theaters gröblich verkennendes Urteil zu verhindern.

Die wichtigste Prüfung ist, wie der Entwurf die Verwirklichung des Beschäftigungsrechts regelt. Ist trotz eingehender Prüfung aller der in den §§ 46 I und II das direktoriale Interesse schützenden Sanktionen das Gericht zu der Ueberzeugung gelangt, dass dem Direktor kein Ablehnungsrecht zustehe und der Schauspieler ein unanfechtbares rechtsschutzwürdiges Interesse am Auftreten in der von ihm geforderten Rolle habe, so muss das Gericht, durch § 46 Absatz III des Entwurfs gezwungen, dem obsiegenden Schauspieler achselzuckend erklären, dass eine Verwertung seines erstrittenen Urteils unmöglich sei. § 46 III bestimmt nämlich: „Im Falle der Verurteilung zur Beschäftigungspflicht findet § 888 I ZPO keine Anwendung".

Diese Regelung, zu der die Denkschrift (S. 17) nur die Begründung hat: „Die Verurteilung zur Beschäftigung soll ebensowenig wie die zur Arbeitsleistung durch Haft oder Geldstrafe vollstreckt werden können" verdient die schärfste Kritik[192]). Sie bedeutet einen unverständlichen Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht, das einem in seinem (heute) ausdrücklich zugesicherten Beschäftigungsrecht verletzten Arbeitnehmer, dem an einem ihm daneben erreichbaren Schadensersatz nichts liegt, sein Recht auf Vollstreckung[193]) unbenommen lässt, wie dies „jedem verurteilenden Urteil zukommt"[194]), und den Arbeitgeber dem Beugezwang des § 888 I ZPO unterwirft[195]).

Diese Regelung bedeutet für die Schauspieler einen Pyrrhussieg in dem heissen Kampf um ihr Beschäftigungsrecht. Ihr Erfolg, auf den die Abs. I und II des § 46 hindeuten, ist nur ein scheinbarer. Die praktische Folge ist auch hier kein Recht auf Beschäftigung, sondern ein wertloses Recht auf Schadensersatz. Man wird es nur schwer begreifen, wie der Kernpunkt des

---

192) Ebenso *Richter* a. a. O. S. 233; *Bewer* R. Arb. Bl. S. 704 und Leipz. Z. a. a. O. S. 104 ff.; *Hueck* S. 145.

193) vgl. *Hellwig*, System d. D. Zivilprozess.-R., 1912, § 17, II, 2.

194) *Bewer*, L. Z. a. a. O. S. 103. Ebenso R. Arb. Bl. S. 704.

195) so die h. M. vgl. *Freudenthal-Sauerländer* a. a. O. S. 879; *Jakoby* a. a. O. S. 189; *Kaskel* a. a. O. S. 116.

Problems selbst von solchen übergangen wird, die die materielle Berechtigung des Beschäftigungsrechts sogar mehr als nötig anerkennen, und wie das jedem Gläubiger zustehende Recht auf Zwangsvollstreckung, das ein Gebot des Rechtsschutzes ist, hier einem über blosse Geldinteressen, höhere Interessen verfolgenden Rechtsschutzanspruch ein Rechtsstaat seine Zwangsgewalt versagt. Es ist *Bewer*[196]) zuzustimmen, dass nur die wirtschaftlich überlegene Stellung des Arbeitgebers verstärkt werde, wenn ihm nachgelassen würde, sich durch Zahlung einer Geldentschädigung des um Arbeit Kämpfenden zu entledigen, und er sich trotz seiner Verurteilung auf diese Weise „einen Abgang durch die Mitte" verschaffen könne. Denn die Zahlung einer Geldentschädigung stellt, wie oben nachgewiesen, für den Theaterdirektor in der Regel nur eine sehr geringe Belastung dar, einen Zwang übt sie überhaupt nicht aus; für den verletzten Schauspieler aber ist sie kein Ersatz seines anders gearteten, überhaupt nicht in Geld ersetzbaren Schadens.

Selbstverständlich ist die Anwendung des Beugezwangs zur Verwirklichung des Beschäftigungsrechts nicht grundlos ausgeschlossen worden, aber einer näheren Prüfung hält keiner dieser Gründe stand. Zunächst wird geltend gemacht, der Beschäftigungszwang sei ein „Fremdkörper im Arbeitsrecht", man könne einen widerspenstigen Arbeitgeber wohl mit Schadensersatz in unbeschränkter Höhe belasten, ihn aber nicht in Haft setzen, wenn er dem Urteil nicht gehorche. Dem hat man mit *Bewer*[197]) entgegenzuhalten, dass umgekehrt der Wegfall des unmittelbaren Vollstreckungszwanges eine befremdliche Lücke im Arbeitsrecht lasse und dass ja auch die Verpflichtung aus § 618 BGB (Fürsorge für gesundheitliche Einrichtungen), aus § 630 (Zeugniserteilung) und die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides im Wege des Beugezwanges nach § 888 I erzwungen werden können und dass dieser weit reichende Vollstreckungszwang bisher unangefochten als ein wesentlicher Bestandteil und Schutz des bürgerlichen Rechts und niemals als Fremdkörper

196) R. Arb. Bl. S. 704.

197) *Bewer* a. a. O. S. 705: „Es wäre widerspruchsvoll, dem Arbeitsgericht das Mittel zum unmittelbaren Vollstreckungszwang zu nehmen, aber andererseits zum öffentlich rechtlichen Arbeiterschutz gewerbepolizeilich gleichwertige Massnahmen zuzulassen".

egolten habe. Es ist nicht einzusehen, warum der Beugezwang, er ja im geltenden Recht in den wenigen Fällen der Verpflichtung zur Beschäftigung angewandt wird[198]) und nach dem Gesetz angewandt werden darf und muss, auf einmal unerträglich sein soll, dagegen in den obigen Fällen weniger schutzwürdiger Interessen ruhig bestehen bleiben mag! Auch ein Vergleich der viel stengeren Behandlung des Schauspieldirektors gegen den auf Antrag irgendeines Privatgläubigers wegen Versäumung der Offenbarungseidespflicht sofort Haft angeordnet und vollstreckt wird[199]), beweist, dass der Hinweis auf die unbillige Härte des Beugezwangs verfehlt ist. Im übrigen wird das Gericht, das gemäss § 888 Abs. I ZPO zwischen Geldstrafe oder Haft zu wählen hat, erst als ultima ratio Haft anordnen, und dies ist, da es ja durchaus im Belieben des Direktors steht, den Schauspieler auftreten zu lassen, und vorher in der materiellen Prüfung seine Interessen weitgehendste Berücksichtigung durch das Gericht gefunden haben, nicht mehr als billig.

Einen anderen Grund führt die *Denkschrift* (S. 17) an. Aus Gründen der paritätischen Gleichbehandlung sei der Beugezwang ausgeschlossen worden, denn wie ein Dienstverpflichteter nach § 888 Absatz II ZPO nicht gezwungen werden dürfe, die Dienste zu leisten, so könne auch ein Dienstberechtigter nicht ohne Verstoss gegen die Gerechtigkeit durch Geldstrafe oder Haft gezwungen werden, seiner Verpflichtung zur Beschäftigung nachzukommen. Diesen Paritätsgedanken kann man, wie auch *Richter* es tut[200]), mit Recht als missverstanden bezeichnen. Es soll hier nicht darüber gestritten werden[201]), ob die Vorschrift des § 888, II ZPO, wodurch die Vollstreckung gegen einen Dienstpflichtigen ausgeschlossen wird, überhaupt gerechtfertigt ist, oder ob es nicht vielmehr durchaus dem Rechtsgefühl entspricht, z. B.

198) *Lang* a. a. O. S. 37; *Freudenthal* usw. a. a. O. zu § 888 und die dort zit. Lit. *Bewer* R. Arb. Bl. S. 704: „Es bleibt das Mittel, den Arbeitgeber auf Antrag durch Geldstrafen oder Haft anzuhalten; das ist geltendes Recht gegen jeden, der aus irgend einem Rechtsgrund zur Vornahme einer Handlung verurteilt ist".

199) §§ 807, 901 ZPO.

200) *Richter* R. Arb. Bl. a. a. O. S. 233.

201) vgl. *Stein-Jonas* a. a. O. zu § 888, II: Diese Vorschrift ist durch Novelle von 1898 nicht aus juristischen oder wirtschaftlichen, sondern aus politischen (freiheitlichen) Gründen neu eingefügt.

einen Intendanten, der einen mit der Stadtverwaltung geschlossenen Vertrag ausser Acht lässt, trotz Verurteilung die Leitung des Theaters nicht übernimmt und hierdurch die Zukunft des führerlosen Theaters und seiner Angehörigen gefährdet, mit dem direkten Vollstreckungszwang „beikommen" zu dürfen[202]). Aber glaubt man wirklich, dass es der gleiche Fall ist, einen Arbeiter durch Beugezwang zu zwingen, die ihm nicht genehme Arbeit täglich zu verrichten, seine ganze Persönlichkeit in den Dienst einer ihm widerwärtigen Sache zu stellen, und einen Unternehmer auf dieselbe Weise anzuhalten, irgend einen Posten in seinem Betrieb mit einem ihm nicht genehmen Arbeitnehmer zu besetzen? Im einen Fall handelt es sich doch um ein Tätigwerdensollen, im anderen Fall nur um ein Duldensollen. Im ersteren Falle könte man mit einigem guten Willen noch verstehen, dass aus „freiheitlichen Anschauungen"[203]) nicht ein Zwang auf den Arbeiter ausgeübt werden soll, die seine ganze Person ausfüllende Arbeitskraft herzugeben. Dieser freiheitliche Gesichtspunkt aber entfällt beim widerspenstigen Arbeitgeber, der nur etwas in seinem Betrieb geschehen zu lassen braucht, nicht selber tun soll, sodass von der Notwendigkeit paritätischer Gleichbehandlung keine Rede sein kann.

Andere Gründe ausser den erörterten lassen sich für den Ausschluss des Vollstreckungszwanges nicht auffinden, sodass man *Bewer* zuzustimmen hat, der seine Kritik des Entwurfs mit den Worten beschliesst: „Das Unzulängliche, hier wirds Ereignis — von Rechts wegen — [204])".

Ueber den Ausschluss des direkten Vollstreckungswanges sucht der Entwurf den in seinem Beschäftigungsrecht verletzten Schauspieler dadurch zu trösten, dass er ihm in Absatz IV des § 46 eine den §§ 842—847 BGB entsprechende Schadensersatzberechtigung zubilligt. Dieser Trost mag bei allen anderen Arbeitnehmern Anklang finden, die nur ein geldliches Interesse an der Beschäftigung haben; um einen genügenden Trost für die Schauspieler zu finden, die der Entwurf doch in erster Linie durch seinen § 46 schützen will[205]), wäre eine Umstellung des

202) Hierfür *Bewer*, R. Arb. Bl. S. 705.
203) vgl. Kommissionsbericht S. 219, Novelle zur ZPO von 1898.
204) Leipz. Z. a. a. O. S. 108.
205) s. Entwurf Denkschrift S. 17, I.

ein wirtschaftlichen Denkens der Entwurfverfasser von Nöten gewesen. Hätte der Entwurf z. B. folgenden, in der Praxis nicht seltenen Fall bei seiner Regelung beachtet, so wäre ihm eine derartige Verkennung der Kernfrage des Beschäftigungsproblems, wie aus der getroffenen Regelung unleugbar kund wird, nicht unterlaufen: Der Schauspieler X hat vor Jahren einen bürgerlichen Beruf, in welchem er monatlich 1000.— Mk. verdiente, aufgegeben und ist aus einem inneren Drang und, um Ruhm und Lorbeeren zu ernten, zum Theater gegangen. Er hat, da er sich sehr talentiert zeigte, ein Engagement erhalten, in dem er monatlich 400.— Mk. Gage verdient. Nun wird ihm ohne irgendwelchen Grund vom Direktor die Beschäftigung verweigert, und der Direktor wird folgeweise zur Beschäftigung verurteilt. Da er aber wegen des § 46 III des Entwurfs zur Beschäftigung nicht gezwungen werden darf, ist das Urteil für den Schauspieler X wertlos. Der ihm entstandene Schaden besteht darin, dass der ganze Sinn seines Berufswechsels zerstört ist, ja, dass vielleicht die ganze Lebensfreude des in seinem Spieltrieb Verhinderten vernichtet wird. Und was erhält er als Schadensersatz? Nach der Praxis der Bühnenschiedsgerichte bekommt er höchstens den 3fachen Betrag seiner Monatsgage von 400.—Mk., wenn ihm der Nachweis gelingt, dass er auch in seinem Fortkommen erheblich geschädigt ist. Nach den gemäss § 46 IV des Entwurfs entsprechend anzuwendenden §§ 842—847 BGB könnte er stattdessen auch eine Rente beanspruchen. Aber bei Festsetzung der Höhe dieser Rente kann das Gericht doch als Masstab nur die Höhe seines Verdienstes als Schauspieler, also 400.— Mk. zugrunde legen, nicht dagegen seinen Verdienst von 1000.— Mk. im früheren Beruf. Dass er diesen Beruf aufgab, um seine künstlerische Tätigkeit ausüben zu können und dass ihm diese Voraussetzung nunmehr von seinem Direktor unterbunden wird, darf das Urteil nach den Bestimmungen des Entwurfs nicht in Rücksicht ziehen. Also trotz der Rente, die ihm der Entwurf im Bewusstsein der Bedeutung einer Nichtbeschäftigung für den Schauspieler gibt, erhält er nicht einmal einen annähernden Ersatz seines tatsächlich eingetretenen w i r t s c h a f t l i c h e n Schadens!

Da die Verpflichtung zum Schadensersatz aber bereits aus § 46 I hergeleitet werden kann, ist mit *Hueck* die Streichung

des ganzen verfehlten Absatzes IV zu fordern[206]), bei dem übrigens unersichtlich bleibt, wie denn die §§ 844—846 BGB entsprechend angewandt werden können.

Auch § 46 des Entwurfs eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes enthält demnach keine die Kernfrage des Beschäftigungsproblems treffende Lösung, bedeutet vielmehr durch den Ausschluss jeglicher Verwertbarkeit des materiell zu Recht anerkannten Beschäftigungsanspruchs einen Rückschritt[207]) gegenüber dem geltenden Recht, der den Wunsch der Schauspieler verständlich erscheinen lässt, der Entwurf möge in dieser Fassung nicht Gesetz werden.

206) a. a. O. S.145.

207) Auch in prozessualer Hinsicht ist der angegriffene Absatz IV bedenklich. Vgl. *Bewer*, L. Z. a. a. O. S. 104, wo ausgeführt wird, dass jedes auf Leistung (Verurteilung zur Beschäftigung) lautende Urteil begrifflich nur dann ein wirklich verurteilendes Urteil ist, wenn es an den Schuldner den Befehl enthält, die Leistung vorzunehmen und dementsprechend dem Gläubiger das urteilsmässige Recht auf Vollstreckung gibt. Dies ist aber durch § 46 III ausgeschlossen, wodurch es als Leistungsurteil nur die Wirkung einer Rechtsdeklaration, eines Feststellungsurteils erhält, dessen Zulässigkeit aber nach § 256 ZPO davon abhängt, dass der Gläubiger an der alsbaldigen Feststellung Interesse gehabt hat.

Schluss.

Als Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen war festzustellen, dass der Gesetzgeber trotz des erheblichen rechtsschutzwürdigen Interesses des Schauspielers die Regelung des Beschäftigungsproblems bisher verabsäumt hat, und dass die Bestrebungen der Literatur, durch juristische Konstruktionen diese Lücke auszufüllen, keinen Erfolg gehabt haben. Aber auch die getroffene tarifvertragliche Vereinbarung und der behandelte Gesetzesvorschlag vermögen eine Beendigung des Streites um dieses Rechtsproblem und eine den widerstreitenden Interessen beider Parteien gerecht werdende Lösung nicht zu bringen.

Demgegenüber wurde hier der Nachweis versucht, dass die Lösung des Problems gefunden ist, wenn der materielle Umfang des Beschäftigungsrechts den höherstehenden Gesamtinteressen des Theaters und der an ihm interessierten Allgemeinheit[208]) entsprechend eingeschränkt, auf der anderen Seite aber seine Verwirklichung in der Zwangsvollstreckung nicht ausgeschlossen wird. Denn sonst würde der Schauspieler gegenüber jedem anderen Gläubiger grundlos benachteiligt werden.

Mit Hilfe welcher prozessualen Vorschrift kann der Beschäftigungsanspruch nun verwirklicht werden? In der Literatur wird von *Daubitz*[209]) ein sehr einfacher Weg der Vollstreckung vorgeschlagen, welcher die Anwendung des unerfreulichen Beugezwangs unnötig machen würde. Er meint, da die Rollen nicht notwendig vom Direktor, meistens von seinem Regisseur oder Kapellmeister zugeteilt würden, sei die zu erzwingende Handlung eine vertretbare Handlung im Sinne des § 887 ZPO, welche von einem Dritten vorgenommen werden könne. Weigere sich also der Direktor, dem Urteil zu genügen, so sei auf seine Kosten der Regisseur oder Kapellmeister zu ermächtigen, dem

208) So auch *Oertmann*, Arbeitsvertragsrecht S. 137 f.
209) *Daubitz* a. a. O. S. 93.

obsiegenden Kläger die Rolle zu erteilen und alles sei in Ordnung. — Leider ist dieser Weg nicht gangbar. Denn der Regisseur kann sonst die Rolle nur auf Grund einer Vollmacht des Direktors erteilen; die fehlende Vollmacht aber kann durch die Ermächtigung aus § 887 ZPO nicht ersetzt werden, vielmehr muss nach § 887 die Zulässigkeit der Vornahme durch einen Dritten (Erteilung der Rolle durch den Regisseur auf Grund einer rechtsgültigen Vollmacht des Direktors, von dessen Willen ausschliesslich die Rollenbesetzung in jedem einzelnen Fall abhängt, § 888 ZPO) Voraussetzung der Ermächtigung aus § 887 sein, sie darf nicht erst als deren Wirkung zulässig werden[210]). Die Anwendung des § 887 ist demnach ausgeschlossen, es bleibt nur der Beugezwang des § 888 I ZPO[211]).

Bei der Kurzlebigkeit der Bühnenengagements erschien es weiterhin zur Erreichung einer dem Schauspieler wertvollen, in der Praxis möglichen Verwirklichung seines Beschäftigungsurteils erforderlich, ihm den Weg offen zu erhalten, im Wege einer einstweiligen Verfügung zu seinem Recht gelangen zu können. Zu diesem Zweck wurde oben vorgeschlagen, den zu dieser Vollstreckungsmassnahme nicht befugten Bühnenschiedsgerichten die Zuständigkeit zu entziehen und Beschäftigungsstreitigkeiten zur ausschliesslichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zu erheben.

Hierbei aber muss ein Weg gefunden werden, der die Sachkunde der Bühnenschiedsgerichte in einem schnellen und den Prozess nicht verteuernden Verfahren auch dem Arbeitsgericht erreichbar macht. Die zur Abgabe eines kostenlosen und zugleich wertvollen Sachverständigengutachtens natürliche Gegebenheit erschien die Einrichtung der an jedem Theater vorhandenen Ortsverbände der Genossenschaft Deutscher Bühnenangehöriger. Diese Ortsverbände setzen sich aus vertrauenswürdigen, von den Mitgliedern des Personals zu Anfang der Theatersaison gewählten Schauspielern und Regisseuren zusammen. Ihr Gutachten einfordern zu dürfen, gehört in Zukunft zu den klagbaren Mitgliedsrechten der Schauspieler gegenüber der Genossenschaft Deutscher Bühnenangehöriger. Für den

210) Ebenso *Kohler*, Arch. f. d. ziv. Prax. 80, 272 f. und *Stein-Jonas*, a. a. O. zu § 887 II 2.

211) So *Lang* a. a. O. S. 37 ff.

rektor ist dies Verfahren unbedenklich, da der Ortsverband fahrungsgemäss aus den einsichtigsten und angesehensten ünstlern seines Ensembles besteht. Die Gefahr eines parteiischen utachtens über das Beschäftigungsverlangen des Schauspielers d die Betriebsgründe des Direktors ist nahezu ausgeschlossen, wie die Erfahrung lehrt, der Direktor keine besseren Helfer seinem Bemühen um die Gesamtinteressen des Theaters und er das Gutachten heischende Schauspieler keine strengeren d sachlicheren Kritiker finden kann als die im Ortsverband reinigten Kollegen, die ausserdem ihr eigenes Interesse wahrehmen, wenn sie das Gesamtinteresse des Theaters gegenüber nem ungerechtfertigten Beschäftigungsverlangen vertreten. Die efugnis der Arbeitsgerichte, daneben andere, auch vom Direktor benennende Sachverständige in der Streitsache zu befragen, enn dies nötig erscheinen sollte, darf durch dieses angeregte erfahren selbstverständlich nicht ausgeschlossen werden[212]).

Es bleibt noch übrig, die im Verlauf der Arbeit von uns rtretene Ansicht, welche als eine dem Rechtsschutzverlangen er Schauspieler entgegenkommende und vom direktorialen tandpunkt als eine tragbare Regelung des erörterten Problems ezeichnet werden darf, in einen Vorschlag zur Sanktion im ommenden Reichstheatergesetz zusammenzufassen.

§ 1.

Durch den Anstellungsvertrag übernimmt der Theaternternehmer die neben der Gageverpflichtung bestehende chuldnerische Hauptpflicht, das engagierte Mitglied in iner Weise zu beschäftigen, die seinem künstlerischen Vorärtskommen und seiner Entwicklung zweckdienlich ist.

Massgebend für den Umfang dieser Verpflichtung sind, usser (schriftlichen) vertraglichen Vereinbarungen im Bühnendienstvertrag, die künstlerische Vergangenheit, insbesondere ie bisherige Beschäftigung und die Erfolge des Künstlers in rüheren Engagements sowie die Möglichkeit künstlerischer Entwicklung im Rahmen des jetzigen Ensembles.

§ 2.

Die Verpflichtung zur Beschäftigung besteht nur im Rahnen der Gesamtinteressen des Theaterunternehmens. Das

212) Berufungsinstanz ist dann das dem jeweiligen Arbeitsgericht übergeordnete Landesarbeitsgericht.

Mitglied hat in seinem Anspruch auf Beschäftigung Bedacht zu nehmen auf die Eigenart der Betriebsführung und die Geschäftslage des Theaters.

Der Unternehmer kann das Beschäftigungsverlangen selbst bei ausdrücklicher Vereinbarung bestimmter Rollen oder Partien zurückweisen, wenn ein wichtiger Betriebsgrund dies erfordert.

§ 3.

Bei Streitigkeiten in Beschäftigungsangelegenheiten, insbesondere über das Vorliegen eines wichtigen Betriebsgrundes, hat das Mitglied das Recht, von dem Ortsverband seines Theaters, zu dem zu diesem Zweck sämtliche Regisseure des Theaters zuzuziehen sind, ein ausführliches schriftliches Gutachten darüber zu verlangen, ob ein Ablehnungsgrund vorliegt.

Der Ortsausschuss hat die schriftlichen Gründe des Direktors einzufordern und auf diese in seinem Gutachten einzugehen.

Die Genossenschaft Deutscher Bühnenangehörigen hat ihre Ortsverbände zur Beobachtung dieses Verfahrens anzuhalten und zusammen mit dem Deutschen Bühnenverein die nötige Aufsicht auszuüben.

§ 4.

Beschäftigungsstreitigkeiten gehören zur ausschliesslichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.

In erster Instanz entscheidet das für den Theaterort zuständige Arbeitsgericht. Das Arbeitsgericht hat das mit der Klage des Mitglieds eingereichte Gutachten des Ortsverbands bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen.

§ 5.

Im Falle der Verurteilung des Theaterunternehmers zur Beschäftigung findet § 888, I, ZPO Anwendung.

Die daneben bestehende Möglichkeit des obsiegenden Klägers, Schadensersatz zu fordern (§ 510 b ZPO), bleibt unberührt.

Lebenslauf.

Am 4. Mai 1904 wurde ich, *Hans Leopold Somborn*, als Sohn des Fabrikanten Emil Somborn und seiner Ehefrau Emilie, geb. Kaiser, in Köln a. Rh. geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preussischer Staatsangehörigkeit. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule war ich ab Ostern 1914 neun Jahre Schüler des humanistischen Friedrich-Wilhelms-Gymnasium zu Köln, das ich Ostern 1923 mit dem Abiturienten-Reifezeugnis verliess.

Ab 1. Mai 1923 studierte ich an der Universität Köln Rechtswissenschaften und wurde am 1. Mai 1924 vom Rektor der Universität beurlaubt.

Ich ging dann nach bereits vorher erfolgter Betätigung als Honorarschauspieler an den Vereinigten Stadttheatern Köln unter meinem Bühnennamen *Hans Leopold* längerdauernde Verpflichtungen als Schauspieler (im Fach des jugendl. Helden) und dramaturgischer Mitarbeiter an folgenden Theatern ein: Stadttheater M.-Gladbach, Schlossparktheater Berlin, Künstlertheater Frankfurt a. M., Barnowsky-Bühnen Berlin. Später, teilweise auch in den Zwischensemestern des nachfolgenden Weiterstudiums, war ich auf Gastspieltourneen im Ensemble folgender Darsteller künstlerisch tätig: Else Heims-Reinhardt, deren Partner ich in „Frau von vierzig Jahren" (Rolle des Felix), Lucie Höflich, deren Partner ich in „Das Prinzip" (Rolle des Hans) war, Maria Fein und Paul Wegener (in Königsberg), Max Adalbert, Hans Wassmann.

Ab 1. Mai 1925 bis 28. April 1926 war ich an der Universität Berlin als Studierender der Rechtswissenschaft immatrikuliert. Ab 1. Mai 1926 setzte ich mein Studium an der Universität Marburg fort, wo ich bis zum 28. Februar 1928 immatrikuliert war.

Am 28. Januar 1928 bestand ich nach siebensemestrigem Studium vor dem Juristischen Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Kassel das Referendarexamen (mit dem Prädikat *„gut"* im Privatrecht, Strafrecht, Prozessrecht).

Am 10. Mai 1928 bestand ich vor der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg das Doktorexamen mit dem Gesamtprädikat *„magna cum laude"*.

Herrn Geheimrat *Manigk* spreche ich für sein anregendes Interesse an theaterrechtlichen Problemen und seine wertvolle Unterstützung bei der Abfassung dieser Arbeit meinen besten Dank aus. Auch meinen anderen Marburger Universitätslehrern danke ich für die mir zuteil gewordene juristische Ausbildung.

Meinen ehemaligen Kollegen, in deren Kreis die Gedanken zu der vorstehenden Arbeit entstanden, rufe ich in Erinnerung an manche schaffensfrohe Stunde künstlerischer Zusammenarbeit ein herzliches „Lebt wohl" zu.